

THÉORIE

SUR

LA NULLITÉ

DES ACTES ET DES CONVENTIONS.

Tout exemplaire non revêtu de la signature de l'auteur sera réputé contrefait.

THÉORIE

SUR LA

NULLITÉ

DES CONVENTIONS ET DES ACTES DE TOUT GENRE,

EN MATIÈRE CIVILE,

PAR M. V.-H. SOLON, AVOCAT.

TOME PREMIER.

Hæc quidem interpretatio per quam actus sustinetur dicitur regina aliarum interpretationum.

PARIS,

CHEZ MM. { VIDECOQ, Libraire, place Sainte-Geneviève, n° 6.
BARBA, Libraire, au Palais-Royal.

1835.

INTRODUCTION.

L'exécution des lois est une des conditions les plus essentielles à la stabilité des sociétés humaines; rien ne serait plus contraire à l'ordre public et à la paix des familles, que la facilité qui serait laissée aux citoyens de s'affranchir de l'accomplissement des devoirs qui leur sont imposés comme condition de la liberté et des droits dont ils jouissent.

Pénétrés de cette vérité, tous les législateurs se

sont occupés de donner à la loi cette autorité active, cette force imposante, sans lesquelles il est évident que ses dispositions se réduiraient à de vains préceptes, à d'inutiles conseils.

En matière criminelle, l'exécution des lois a été, autant que possible, assurée par de peines corporelles ou infâmantes; et celles-ci sont l'objet d'un Code particulier, dont les dispositions sont étrangères au sujet que nous avons voulu traiter.

En matière civile, cette même exécution se trouve assurée, soit par la certitude des avantages que le législateur avait rattachés à l'observation de la loi, soit par la privation des droits qu'on avait voulu acquérir ou se ménager en ne suivant pas la volonté du législateur, en d'autres termes, cette exécution est assurée par l'annulation des actes ou conventions illégalement consentis.

Une telle annulation est la garantie la plus efficace de l'exécution des lois; elle nous touche dans nos intérêts qui, comme on sait, sont le plus souvent le mobile de nos actions; elle nous menace dans les résultats de notre désobéissance; elle nous dit: Pourquoi violer la loi, lorsque vous ne devez en tirer aucun profit?..

La menace d'annuler les actes et les conventions illicites, forme donc la sanction des lois qui règlent la forme de ces actes et les conditions essentielles à ces conventions; et la nullité qui réalise

cette menace, fait, en quelque sorte, partie de la loi qu'elle a pour objet de faire respecter.

Aussi verrons nous qu'il existe une relation intime entre les nullités et les dispositions à l'inobservation desquelles elles ont été attachées, et que la nature d'une nullité, l'importance de ses effets, le droit de la proposer, etc., etc., dépendent entièrement de l'objet de la disposition qui a été méconnue. C'est ainsi que nous verrons que la violation d'une loi générale et d'ordre public produit une nullité d'ordre public, absolue, irréparable, tandis que la violation d'une loi dont l'objet est uniquement de régler les droits des citoyens entr'eux, ne produit qu'une nullité de droit privé, dont les effets sont bien moins graves et peuvent être facilement réparés; c'est ainsi que nous verrons l'inobservation d'une loi sur la procédure produire une *nullité de forme*, tandis que la contravention aux lois qui règlent les conventions des citoyens entr'eux, qui assurent leurs garanties dans les transactions, etc., produit *une nullité du fonds.*

Cette observation nous a été très-utile pour classer les nullités. pour en déterminer les conditions, l'importance et les effets; elle nous a servi surtout à faire une distinction qu'on ne doit jamais perdre de vue dans la pratique. nous voulons parler de la différence qu'il y a entre la nullité de la con-

vention, et la nullité de l'acte qui est destiné à la prouver.

A cette première observation, fertile en conséquences, nous avons rattaché deux idées qui nous ont paru fondamentales, et dont notre ouvrage n'est, en quelque sorte, que le développement et la justification.

La première, c'est que les nullités sont, pour la partie dans l'intérêt de laquelle elles ont été portées, un remède de droit, *remedium juris*, dont l'objet est d'empêcher cette partie de souffrir de la contravention. La loi lui donne l'action en nullité pour empêcher le mal, s'il n'est point encore fait, ou pour le réparer, si déjà cette partie a eu à en souffrir. (*Vantius, de nullitatibus*).

La deuxième, c'est que la nullité est, relativement à celui qui a violé la loi, la punition de sa désobéissance. — C'est une véritable peine qui consiste dans la privation des droits, ou avantages que l'acte aurait conférés, s'il eut été conforme à la loi, et qui enlève tous les profits qui sont résultés de l'acte, pour remettre les parties dans l'état où elles étaient lorsqu'a été fait l'acte illégal. *Restitutio ità facienda est ut unusquisquè integrum jus suum recipiat.*

C'est dans ces deux idées fondamentales que nous avons cru retrouver toute la théorie des nullités; c'est dans la combinaison des conséquences

qui en résultent, que nous avons puisé la plupart des règles répandues dans notre ouvrage.

Ainsi, considérant les nullités comme un remède de droit, nous avons reconnu et prouvé que les juges ne devaient jamais en admettre d'inutiles, et qu'il n'y avait pas de nullités sans griefs.

Par la même raison, nous avons pensé que, généralement, le remède devait appartenir à tous ceux qui auraient souffert, ou pourraient avoir à souffrir, et que dans le silence de la loi, il n'y avait pas de raison pour refuser, à un individu plutôt qu'à un autre, le droit de proposer une nullité. Nous avons considéré que tous les citoyens étant égaux devant la loi, la justice exigeait qu'ils eussent les mêmes droits; *prima enim pars æquitatis est æqualitas*. Senèque, lett. 30.

Nous avons dû aussi soutenir que le mal ne pouvant exister qu'autant que la loi aurait été violée, il fallait que la violation fut manifeste, entière, que la volonté du législateur fut totalement méconnue. S'il n'en était point ainsi, le juge ne peut pas avoir le droit d'administrer le remède, de prononcer la nullité. Aussi avons-nous raisonné dans ce sens, qu'il était juste et raisonnable d'admettre dans bien des cas les équipollens, les inductions, et d'être indulgens toutes les fois que la volonté du législateur avait

été observée, quoique d'une manière indirecte, ou implicite.

D'un autre côté, frappé de cette idée que les nullités étaient une peine, nous en avons diminué le nombre autant que possible, et nous avons raisonné dans ce sens, qu'en général, *les nullités sont odieuses*.

Cet adage cependant nous a paru manquer par trop de généralité. Il est bien vrai que les nullités sont odieuses; mais ce n'est que lorsqu'il s'agit d'une nullité de pure forme. Que signifie, en effet, dans le for intérieur l'irrégularité d'une demande dans sa forme, si cette demande est juste? que signifie l'imperfection d'un acte, lorsque la convention, dont il avait pour objet de fournir la preuve, se trouve établie d'une autre manière, et se trouve parfaite en elle-même?

Mais, au contraire, les nullités sont favorables quand elles sont la conséquence d'une omission qui blesse la convention dans son essence, ou qui donne à penser que la demande n'est point fondée ou qu'elle a été formée de manière à faire une surprise au défendeur. La nullité, dans ce cas, doit être le triomphe de la justice, elle est véritablement le *remedium juris;* elle est favorable, et l'interprétation doit toujours se faire dans le sens le plus opposé à une convention injuste, à une demande mal fondée, ou malicieusement faite.

En d'autres termes, la nullité est odieuse quand elle devient l'arme de la mauvaise foi, elle doit être repoussée dans tous les cas où le législateur ne s'y oppose pas formellement, et que la contravention à la loi n'a pas empêché que la convention ne soit parfaite : *quid enim tàm congruum est fidei humanæ quàm ea quæ inter homines placuerunt servare?* au contraire, la régularité de l'acte, dans sa forme, ne dispense pas de rechercher les moyens de faire annuler une convention illicite dans son objet, ou surprise par de mauvais moyens.

Il en est de même en procédure; nous avons pensé qu'on devait, autant que possible, séparer l'objet d'une demande de la forme dans laquelle elle avait été faite, et que l'irrégularité des actes ne devait pas empêcher de prendre tous les moyens de faire droit à la demande, si elle est légitime et justifiée.

Cette manière de raisonner ne sera pas du goût de tout le monde, elle sera improuvée par les formalistes; ils s'élèveront contre ce qu'ils appellent une dangereuse innovation, ils signaleront les inconvéniens graves, qui doivent résulter, suivant eux, de l'affranchissement des formes. Et nous ne serions pas étonnés de voir renouveler, par rapport à la manière de former les actions et de rendre la justice, la querelle qui s'est élevée de

nos jours entre les classiques et les romantiques, sur le plus ou moins d'importance des règles littéraires. — Nous désirons que cette lutte ait lieu, qu'elle intéresse les jurisconsultes; et nous n'hésitons pas à le dire: elle ne peut que tourner au profit de la justice et de la vérité. L'on sera tout étonné de voir que la procédure ait joué un si grand rôle dans les actions des hommes, que, très-souvent, elle ait été employée contre le bon droit, et que le plus souvent elle ait encouragé et fait triompher la fraude.

Quant à nous, notre conviction est formée; nous nous sommes déclaré contre la rigueur des formalistes. Notre plus grand désir a été de substituer à la règle subtile et fausse: *la forme emporte le fonds*, cette autre règle: *la forme ne doit emporter le fonds, que dans les cas où elle est nécessaire pour constituer ou conserver le droit.* — Cette dernière règle nous a paru l'expression la plus naturelle et la plus exacte de ce besoin essentiellement conservateur, de rendre à chaque citoyen ce qui lui est dû, et par cela même, de faire tourner à la confusion du plaideur de mauvaise foi l'emploi de ces moyens de forme, dont l'unique objet est souvent de détourner la main de la justice prête à le frapper.

Quel sera le jurisconsulte de bonne foi qui ne conviendra, que de tous les écueils dont le ma-

gistrat est environné, le plus dangereux est celui que présente tous les jours l'application de l'adage: *la forme emporte le fonds*.

Combien de ces magistrats ne voit-on pas qui concluent, de cet adage, que la forme doit régner en souveraine dans les causes qui leur sont soumises, et qui, par cela même, cherchent la raison de décider dans un code de procédure plutôt que dans les faits du procès.

Singulière façon de rendre la justice! n'est-il pas évident, pour tous, qu'en vénérant ainsi la la forme, on juge plutôt du mérite de l'avoué, de l'exactitude de l'huissier, que de la probité du plaideur, de la légitimité de sa demande? Le juge voit de quel côté est la justice, mais il semble craindre de la faire triompher, parce qu'on lui dit qu'elle n'a point été environnée des formes ordinaires; on fait, en quelque sorte, à celle-ci le reproche de se montrer dans une tenue peu régulière, et d'oser se montrer seule; on lui applique avec dérision les paroles du fabuliste:

> Mais aussi, dame Vérité,
> Pourquoi vous montrer toute nue?
> Cela n'est point adroit.....

Cet abus existe encore dans beaucoup de tribunaux, et nous ne saurions trop le répéter, notre but est de le signaler pour le détruire.

Qu'on ne pense pas cependant que nous voulions prétendre que la forme des actes et les formalités des procédures puissent être absolument négligées. Nous nous empressons de reconnaître que, quelquefois, elles constituent le droit, que souvent elles le conservent, et que plus souvent encore elles sont nécessaires pour lui donner l'action et la vie, sans lesquelles il serait illusoire. La forme alors est essentielle; elle fait partie du droit; elle est nécessaire pour rendre la justice; et notre ouvrage renferme un grand nombre d'exemples qui témoignent, dans ce cas, de notre respect pour elle.

Expliquons donc toute notre pensée. Nous avons voulu prouver que la forme n'était, en général, que l'accessoire du droit; et que si, quelquefois, on lui donnait l'avantage sur celui-ci[1], ce ne devait être que dans les cas d'une absolue nécessité. Nous avons voulu prouver que la forme étant souvent en opposition à l'équité, elle était exceptionnelle; que, dès-lors, au lieu de la faire dominer sur les jugemens, il fallait autant que possible chercher à se soustraire à la sécheresse de ses volontés, à la subtilité de ses entraves.

Nous devons toutefois l'avouer: nous n'aurions pas osé nous livrer d'une manière aussi prononcée à la conviction dont nous étions pénétré, si nous n'avions trouvé dans la jurisprudence un

mouvement très marqué et progressif dans ce sens; mais ce progrès est si visible, que personne ne pourra le méconnaître, ni nous accuser de vouloir hâter son développement.

Ainsi, par exemple, lors de la promulgation de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, les Cours d'appel se montrèrent très-rigoureuses sur la forme des actes, en général, et plus particulièrement sur la forme des testamens La plus légère omission était un grief suffisant de nullité, et les procès uniquement basés sur des vices de forme, se multiplièrent avec une déplorable facilité. Mais bientôt l'abus se fit sentir, on abandonna cette jurisprudence rigoureuse qui portait tous les jours atteinte aux conventions les plus légitimes, aux dispositions les plus sages; et, de jour en jour, on s'appliqua à flétrir les procès de chicane, à proscrire les nullités sans objet.

Pareil changement s'opéra dans l'interprétation des lois sur la procédure civile; c'est une chose singulière et incroyable que la facilité avec laquelle certaines Cours royales prononcèrent le rejet des demandes les plus justes, sous le prétexte que l'action avait été mal intentée. Il semblait que le fonds du droit n'était plus rien; que la justice avait cessé d'être la volonté ferme et constante de rendre à chacun ce qui lui était dû, que la forme seule était tout. Heureusement cette

direction des esprits a été changée; et généralement on nous a paru sentir le besoin de ne reconnaître d'autres nullités de procédure que celles qui sont absolument nécessaires. Les magistrats et les jurisconsultes sont devenus questionneurs comme les moralistes; ils ont voulu se fixer sur les conséquences de leurs décisions; et il est bien rare aujourd'hui qu'ils ne disent pas ce que l'auteur de l'Emile mettait toujours dans la bouche de son élève: *En quoi ce que vous me demandez est-il utile? à quoi cela est-il bon?.... En quoi cela est-il juste?*

Ce changement utile et sage ne peut pas être révoqué en doute; il se manifeste tous les jours dans la jurisprudence, et c'est pour en presser les heureux effets, que nous avons entrepris cet ouvrage.

Notre but aurait été manqué, si nous n'avions attaqué de tous nos efforts la puissance des brocards de droit, de ces adages nés du sein de la controverse des écoles, et que la plupart des docteurs avaient créés à une époque où ils s'occupaient beaucoup plus de se faire des élèves, et de créer des systèmes, que de bien interprêter la loi. Nous les avons soumis à un examen consciencieux; nous les avons dépouillés de cette couleur fausse, de ce prestige dont les ont empreints des docteurs secondaires, qui les avaient accueillis et transmis, en quelque sorte, sur la parole du maître.

Rapportant toutes nos idées et nos opinions sur ce point, à cette pensée première et fondamentale, qu'avant tout *les lois avaient pour objet de faire rendre à chacun ce qui lui est dû*; nous n'avons admis d'autre règle générale et absolue, que celle qui tendait au triomphe de la justice, à la conservation de l'ordre public. Nous en avons tiré la conséquence que c'était seulement par leurs effets que l'on devait déterminer le sens et l'application des règles de droit.

On ne s'étonnera donc pas que nous ayons souvent cité les lois romaines; c'est comme raison écrite, comme règles d'équité, comme règles d'interprétation, que nous les avons accueillies, et que nous en avions le droit. (Arrêt de la Cour de cassation, du 2 messidor an XI; Sirey, vol. 3-1-306).

C'est dans le même esprit que nous avons trouvé un encouragement pour combattre les opinions qui nous ont paru injustes ou dangereuses. L'autorité des jurisconsultes dont nous avons eu à critiquer les décisions, ne nous a nullement arrêté; la franchise de notre opposition fera notre excuse, et nous fera, d'ailleurs, pardonner les erreurs dans lesquelles nous avons pu tomber nous-même.

Au reste, nous ne nous sommes occupé de l'examen des questions que comme exemples des

principes que nous avions posés. On sentira facilement que notre ouvrage eût été immense, si nous eussions voulu examiner et approfondir les questions nombreuses et graves qui devaient se présenter à notre pensée. Et comme nous n'avions nullement le désir de faire parade de logique et de science, nous prévenons nos lecteurs que nous n'avons voulu qu'exposer notre plan, faire connaître les principes de la matière, et que l'examen des questions a été pour nous d'un intérêt presque nul.

Nous ne ferons point ici l'analyse des opinions que nous avons adoptées sur les diverses parties du Traité que nous livrons au public, nous avon fait connaître les idées générales qui nous ont dirigé dans l'exposé des principes et dans la solution des questions qui nous ont servi d'exemple.

Ces idées nous ont conduit à faire sentir la nécessité d'apporter plus de respect pour le fonds d'une demande, et l'objet d une convention, que pour les formes dont elles ont été entourées;

De ne point reconnaître de privilége, dans le droit de proposer les nullités;

D'admettre une interprétation large, généreuse, favorable aux actes faits de bonne foi;

De ne jamais poursuivre des contraventions sans griefs; de ne jamais accueillir des nullités inutiles;

De ne pas refuser trop légèrement l'offre de

preuve de la violence, de la fraude, ou d'une autre cause illicite;

D'être facile pour admettre la ratification d'un acte nul dans la forme, et d'être réservé pour la ratification d'une convention illicite, ou viciée dans son essence;

De voir modifier autant que possible les effets des nullités qui n'auraient point pour objet de punir la fraude, et, au contraire, de les voir étendre quand elles proviennent d'une cause injuste;

De voir dominer surtout les principes de justice et d'équité naturelle, qui, dans toutes les matières, sont les interprètes les plus parfaits, les guides les plus sûrs.

Aurons-nous suffisamment fait connaître la nécessité d'une pareille innovation? C'est ce que nos lecteurs jugeront, et qu'ils jugeront surtout avec bienveillance, quand ils sauront que nous n'avons pas eu l'ambition de devenir auteur; que nous avons commencé notre travail à un âge où bien loin de chercher à instruire les autres, on ne fait que sentir le besoin qu'on a soi-même d'instruction.

Notre seule ambition a été de signaler une innovation possible, un progrès dans l'interprétation et l'application des lois. Si nous sommes assez heureux pour faire comprendre la *nécessité* de ce progrès, nous serons suffisamment récompensé de nos soins et de notre travail.

THÉORIE
SUR LA NULLITÉ
DES CONVENTIONS ET DES ACTES, DE TOUT GENRE, EN MATIÈRE CIVILE.

CHAPITRE PREMIER.

Des diverses espèces de Nullités.

1. Nous avons dit, dans l'introduction, que la clause de nullité était une véritable peine, dont l'objet était d'empêcher la violation de la loi, qu'elle fesait partie de celle-ci, qu'elle en était, en quelque sorte, la sanction. Nous avons dit que, par cela même, il existait une relation intime entre les nullités et les lois à l'inobservation desquelles elles avaient été attachées, et que la nature d'une nullité, l'importance de ses effets, dépendaient entièrement de l'objet de la disposition à laquelle il avait été contrevenu. Ces idées une fois admises, il est certain que pour bien classer les nul-

lités, pour faire connaître leurs diverses espèces, nous avons dû jeter un coup d'œil rapide sur l'objet et le caractère des diverses lois qui nous régissent.

2. Or, ces lois se rapportent à une infinité d'intérêts distincts : aussi variées, en quelque sorte, que les actions des hommes, leurs dispositions n'ont point toujours la même gravité, et leur exécution n'est pas toujours aussi essentielle. Toutes ont bien pour objet l'intérêt public, elles y concourent même; mais ce n'est pas de la même manière; les unes y concourent directement, elles constituent la société ou le pays qu'elles régissent, elles forment la base de son organisation; ce sont celles qui forment son droit public.

3. D'autres y concourent d'une manière plus indirecte, promulguées dans l'unique but de protéger des intérêts qui, sans se rattacher au droit public, s'élèvent cependant au-dessus des intérêts purement privés, il est certain que, lorsque ces intérêts sont conservés malgré la contravention, celle-ci est peu grave, et il est bien rare que le juge ne trouve pas dans la loi, ou dans ses motifs, des moyens de faire fléchir la sévérité d'un texte trop rigoureux, et dont l'application, d'ailleurs, est devenue sans objet.

D'autres y concourent bien plus indirectement encore, ce sont celles qui se rapportent aux actes et transactions des citoyens entr'eux..

4. L'importance de quelques-unes de ces lois a pu être si exactement calculée d'avance, que le législateur a prononcé, de plein droit, la nullité des actes faits au mépris de leurs dispositions ; tandis que l'importance des autres dépend tellement des circonstances, que le législateur a dû s'en rapporter à la sagesse des tribunaux, pour que ceux-ci, appréciant la gravité de l'infraction par l'examen et les conséquences du fait, fussent les maîtres d'annuler l'acte ou de le maintenir.

5. Les unes tiennent au *fonds du droit*; elles fixent les obligations des citoyens entr'eux ; d'autres déterminent la *forme des actes* qui ont pour objet de fournir la preuve de ces mêmes obligations, et de les faire exécuter en réglant l'exercice des actions.

6. Sans pousser plus loin notre examen sur les diverses espèces de lois, il nous suffira de dire que l'on doit observer dans les nullités les mêmes caractères ; et que, comme les lois dont elles sont la sanction, elles n'ont ni les mêmes causes, ni la même gravité, ni le même objet ; elles ne sont point toujours et indistinctement établies pour tous. Aussi les divise-t-on en plusieurs espèces que nous allons examiner.

7. Première Division. — Les lois ayant toutes pour objet l'intérêt général ou l'intérêt particulier, les nullités que le législateur a attachées à l'inobservation de leurs dispositions, sont aussi ou *d'ordre public*, ou *de*

droit privé. On les distingue les unes des autres en ce que les premières ne se rattachent que secondairement aux intérêts particuliers, *primariò spectant utilitatem publicam, secundariò privatam*, tandis que les secondes sont principalement portées en vue de l'intérêt des citoyens pris individuellement; *primariò spectant utilitatem privatam, secundariò publicam*; ces dernières sont l'effet de la contravention aux lois dont l'objet est principalement de régler les actes et les transactions des citoyens entr'eux

7. Deuxième Division. — Les nullités d'ordre public se divisent en *nullités d'ordre public proprement dites*, et *nullités d'ordre public secondaires*. — Les premières sont la suite de la contravention aux lois qui ont pour objet de déterminer les droits de la société à l'égard de chacun de ses membres. Telles sont les lois qui forment notre droit public, celles qui concernent les bonnes mœurs, la sûreté commune, la police générale, ou qui se rapportent à la disposition des choses qui sont placées hors du commerce par le droit naturel, le droit des gens ou le droit civil.

Les nullités d'ordre public secondaires sont l'effet de la contravention aux lois qui, bien qu'elles n'aient point été portées dans l'intérêt général, s'élèvent cependant au-dessus de celles qui sont de pur droit privé : telles sont les lois qui règlent l'exercice des actions et le mode de procédure en général, celles qui déterminent la forme des actes, les lois concernant les communautés,

les mineurs, les interdits, les femmes mariées, enfin celles qui se rapportent à des intérêts qui, quoique privés, ne peuvent être débattus en justice qu'en présence et sur les conclusions du ministère public. Henrion de Pansey; du pouv. municip. liv. 2. chap. 18, § 12.

9. TROISIÈME DIVISION. — Les nullités se divisent en *nullités absolues* et en *nullités relatives*. *Les premières* sont celles que la loi a prononcées en faveur de tous ceux qui peuvent avoir intérêt à s'en prévaloir : de pareilles nullités réduisent l'acte à un pur fait; elles sont si graves, qu'elles dégagent les parties contractantes de leurs promesses respectives. Telles sont celles qui sont attachées à la violation des lois dont l'intérêt public est le principal motif. Telles sont celles qui résultent de l'omission des formalités prescrites pour un contrat solennel; celles qui résultent de ce qu'il aurait été pris un engagement sans cause, etc., etc. — *Les nullités relatives* sont celles qui résultent de la contravention à une loi dont les dispositions n'intéressent que certaines personnes ou certaines communautés. Telles sont les nullités portées en faveur des mineurs, des femmes mariées, des interdits, des communes. Telles sont, dans les actes de procédure, les nullités qui résultent de l'irrégularité d'un exploit qui, par cela seul qu'il est vicieux dans sa forme ou qu'il n'a point été régulièrement remis à la partie intéressée, ne donne pas à cette partie les renseignemens essentiels à sa défense,

ou les garanties que le législateur avait voulu lui accorder.

10. La définition que nous venons de donner de la nullité relative, et les exemples dont nous l'avons accompagnée, prouvent que c'est avec raison qu'on a dit que cette nullité était moins une nullité qu'une faculté que le législateur avait voulu accorder à une ou plusieurs personnes de faire annuler un acte ou une procédure inattaquable pour tout autre. *Quandò actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus. Mantica de amb. et tac. conv. lib. 4. tit. 29. n. 12.*

11. La distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives est essentielle; c'est même une de celles qu'il importe le plus de connaître, à cause que le caractère qui les sépare ne varie pas. Il n'est point de nullité qui puisse devenir absolue ou relative, suivant les circonstances. Une nullité relative ne peut jamais devenir absolue, puisqu'elle n'a de force que par la réclamation de ceux en faveur desquels elle est établie. *Tronchet, dans la séance du Conseil d'Etat, du 5 vendémiaire an X.* Comme aussi une nullité absolue étant portée dans l'intérêt de toutes les parties, établit un droit duquel aucune d'elles ne peut être privée qu'autant qu'elle y renonce.

12. Quatrième Division. — Les nullités se divisent en *nullités de plein droit* et *nullités par voie d'action.* Les premières sont celles que le législateur a formellement prononcées, ou qui, n'étant point expressément pro-

noncées, sont la conséquence d'un vice apparent et réel qui a empêché l'acte ou le contrat de se former. Ces nullités sont toujours absolues quand elles sont le résultat d'une contravention qui a frappé de *non esse* le contrat ou la convention. Au contraire, elles peuvent n'être que relatives, quoique *prononcées de plein droit*, quand elle n'empêche pas que le contrat n'ait eu une certaine force.

Les nullités par voie d'action sont celles que le législateur n'a point voulu prononcer directement, à cause qu'elles dépendent plutôt des circonstances du fait que de la disposition du droit, et qu'il était dès lors indispensable de les soumettre à l'appréciation du magistrat. Ces nullités n'empêchent pas qu'un acte ne puisse offrir toutes les apparences de la réalité, qu'il ne produise même, en certains cas, le même effet que s'il était valable ; notamment elles n'empêchent pas qu'un titre soit translatif de la propriété, et que le possesseur ne puisse se croire de bonne foi. D'Argentré, sur la Cont. de Bourg. tit. de Evict. chap. 8. n. 283.

13. Quelques exemples suffiront pour expliquer la différence qu'il y a entre les *nullités de plein droit* et les *nullités par voie d'action*.

Le mariage de l'individu frappé de mort civile est *nul de plein droit*, à cause qu'il est entaché d'un vice certain et irrécusable, résultant du jugement qui porte la peine. *Tronchet, au Conseil d'Etat, séance du* 5 *vendémiaire an X*.

Par exemple encore, les actes faits par l'interdit sont ou nuls de plein droit, ou seulement annulables, suivant qu'ils ont été consentis avant ou après le jugement qui le frappe d'interdiction. Art. 503 du Code civil. — Si l'acte est fait après le jugement, il est nul de plein droit : le juge ne peut le valider par aucune considération, quelque puissante qu'elle soit. — Au contraire, si l'acte est antérieur au jugement, la nullité ne peut en être prononcée par le juge qu'après l'examen du fait, et seulement dans le cas où la cause de l'interdiction aurait notoirement existé lorsque l'acte a été fait. La nullité, dans ce cas, dépend d'un fait dont l'appréciation est abandonnée à la conscience du magistrat. Locré, Esprit du Code civil, 1.re édit. vol. 6, pag. 474.

14. L'art. 444 du Code de commerce nous fournit un autre exemple de *la nullité de plein droit* et de *la nullité par voie d'action*. Il s'exprime en ces termes : « Tous « actes translatifs de propriété immobilière faits par le « failli, à titre gratuit, dans les dix jours qui précèdent « l'ouverture de la faillite, *sont nuls* et sans effet, rela- « tivement à la masse des créanciers ; tous actes du « même genre, à titre onéreux, *sont susceptibles d'être « annullés*, sur la demande des créanciers, s'ils paraissent « aux juges porter un caractère de fraude. »

15. Il résulte de ce que nous venons de dire qu'il dépend le plus ordinairement du juge d'accueillir ou de rejeter une nullité qui n'est point prononcée *de*

plein droit; au lieu que si elle a ce caractère, il ne peut se dispenser de la prononcer, car elle repose sur des présomptions légales contre lesquelles aucune preuve n'est admise. Art. 1350 et 1352 du Code civil.

16. Observez néanmoins que la nullité de plein droit ne produit véritablement son effet qu'autant qu'elle est reconnue par jugement; car, il n'appartient pas aux particuliers de se rendre justice à eux-mêmes; ils ne peuvent jamais l'obtenir que par l'intermédiaire des magistrats spécialement chargés de la leur administrer, et qui, par cela même, sont considérés comme les auxiliaires de la loi; *tanquàm legale auxilium*. Vantius, Tract. de nullit. pag. 2. Nous reviendrons sur ce sujet dans le cours de cet ouvrage.

17. La distinction que nous venons de faire entre les nullités *de plein droit* et les nullités *par voie d'action*, n'a rien de commun avec celle qui était admise par la jurisprudence, à une époque où le droit romain et le droit coutumier se divisaient la France. On reconnaissait aussi alors deux espèces de nullités des contrats ou des conventions; savoir, celles qui étaient prononcées par les coutumes et par les ordonnances, et celles qui, suivant l'usage, ne rendaient pas les actes nuls de plein droit, mais donnaient seulement ouverture à rescision. Les nullités de la première espèce étaient appelées *nullités d'ordonnance:* quand un acte en était frappé, il était nul de plein droit; il suffisait, en ce cas, d'alléguer la nullité, pour obtenir qu'elle fût pro-

noncée; il n'était nullement besoin d'obtenir des lettres de rescision. — Les nullités de la deuxième espèce étaient appelées *nullités de droit*; elles ne rendaient pas les actes et les contrats nuls de plein droit; elles créaient seulement la faculté de les faire annuler ou rescinder en obtenant des lettres de rescision. — C'est à cette dernière espèce de nullités qu'il faut appliquer la maxime : *Les voies de nullité n'ont pas lieu en France;* ce qui doit s'entendre des nullités que le droit romain avait introduites, et non pas de celles portées par les ordonnances ou par les coutumes, et qui produisaient leur effet sans lettres royaux. Argou, Inst. du droit français, vol. 480, pag. 2, et arrêt de Cass. du 1 floréal an 12.

18. Cinquième Division. — La nullité par voie d'action se divise en *action en nullité proprement dite*, et *action en rescision*. — La première résulte plus spécialement d'un vice de forme. La seconde est le résultat d'un vice de l'engagement au fonds. Arg. des art. 1304 et 1338. Code civil.

19. La différence qui existe entre ces deux actions est peu remarquable, depuis que l'on a supprimé l'usage où l'on était de ne pouvoir faire rescinder un acte qu'après avoir obtenu des lettres de rescision, et que les unes et les autres ont été soumises à une même prescription par l'art. 1304 du Cod. civ. — Cependant, nous avons pensé qu'il était utile de ne pas les confondre, par le motif que, si le préjudice éprouvé par

une partie, ne doit pas être d'une grande considération pour accueillir une action en nullité; nous avons pensé qu'il devait en être autrement quand il s'agit d'admettre ou de rejeter une action en rescision. — Nous verrons en effet que l'action en nullité doit être admise, par cela seul que la volonté du législateur a été méconnue, et sur la présomption légale que la partie qui se plaint a eu à souffrir de l'inobservation de la loi. — Au lieu que, lorsqu'il s'agit d'accueillir une action en rescision, l'existence du préjudice pour la partie qui se plaint est d'une considération puissante; car, que signifierait en effet l'action d'un individu qui se plaindrait d'une obligation acte qui n'a préjudicié en rien à ses intérêts.

Au surplus, il est si vrai que le législateur n'a pas considéré ces deux actions comme ayant le même caractère, c'est qu'il les a distinguées dans plusieurs articles du Code. Voir les art. 1304, 1311 et 1338, etc. La Cour de cassation elle-même a pensé que l'on ne pouvait point, en appel, convertir une action en nullité en une action en rescision. Arrêt du 1er décembre 1811. Rapp. par Sirey, vol. 12 p. 1re, pag. 144.

20. Sixième Division. — Les nullités sont continues ou non continues. — Les *nullités continues* sont celles dont la cause est si grave et si absolue, que la loi résiste toujours à l'existence de l'acte qui en est frappé. — La *nullité non continue* est celle qui avait pour cause une circonstance qui n'était que passagère, un danger qui

a passé, une crainte qui ne s'est point réalisée : les nullités du mariage ont, pour la plupart, ce caractère. Telles sont, en général, les diverses espèces de nullités.

21. Les définitions que nous en avons données et que nous avons puisées dans les notions qui nous ont paru les plus exactes, paraîtront subtiles; et c'est, en effet, le danger de la plupart des définitions du droit. Leg. 203 ff. de reg. juris. Mais, néanmoins, nous nous sommes convaincus combien il était utile de les classer et de ne pas les confondre, vu que leur importance, leurs effets, le droit de les proposer, la facilité de les couvrir par la ratification, enfin leur application dépendent le plus souvent de l'espèce à laquelle elles appartiennent.

22. Il n'est pas toujours facile de découvrir la pensée du législateur, de déterminer l'espèce d'une nullité proposée, et, par cela même, d'en faire une juste application. Il nous semble que, dans le doute, on peut recourir aux règles générales de justice et d'égalité qui doivent être la base de toute interprétation, et qu'on peut y retrouver les règles suivantes :

23. I.re *Règle*. Dans le doute si une nullité est d'ordre public ou de droit privé, le silence du législateur doit être interprété en ce sens que la nullité n'a été portée que dans un intérêt privé ; on conçoit, en effet, que si elle était d'ordre public, le législateur l'aurait exprimé, ou du moins l'aurait donné à connaître et que le juge ne pourrait s'y méprendre. — Dans le

doute, on doit toujours se prononcer pour la validité des actes : et *hæc quidem interpretatio, per quam actus sustinetur, dicitur regina aliarum interpretationum.* Decius, in leg. in testam. n. 11. Cod. de inli. testa.

24. II.me *Règle.* Toute disposition qui prononce sans restriction la nullité d'un acte, produit une *nullité absolue* qui peut être proposée par tous les intéressés. Il est certain, en effet, que le droit exclusif de proposer la nullité, ou en d'autres termes, la faculté que nous avons de nous faire dégager de nos obligations envers ceux que nous pouvons contraindre à remplir les leurs à notre égard, est un privilége trop important pour qu'on puisse l'étendre hors des cas que la nécessité et la loi ont déterminés. Un pareil privilége blesserait l'égalité dont tous les citoyens doivent jouir devant la loi; il faut donc le rejeter, toutes les fois qu'il n'est pas clairement établi. « L'égalité, disait Bentham, est « un des objets de la loi; or, dans un arrangement « destiné à donner à tous les hommes la plus grande « somme possible de bonheur, il n'y a pas de raison « pour que la loi cherche à en donner plus à un « individu qu'à un autre. »

25. III.me *Règle.* Dans le doute si une nullité doit produire son effet de plein droit, ou si, au contraire, ellé dépend de l'examen du fait, on doit se décider dans ce dernier sens. La raison en est que les nullités, surtout celles qui opèrent leur effet de plein droit et indépendamment des circonstances du fait, constituent

une peine rigoureuse; or, comme les peines ne doivent point être étendues, et qu'au contraire, il faut les restreindre autant que possible, le législateur doit s'exprimer clairement ; si on a mal interprété sa volonté, il a dû le prévoir, et il ne peut s'en plaindre, puisque lui seul, par son laconisme ou par tout autre motif, n'a pas fait connaître sa volonté, et qu'il est de principe que l'interprétation doit toujours être faite contre lui. *Contrà eum qui dicere legem potuit interpretatio est facienda.*

26. Après avoir exposé les diverses espèces de nullités, nous devons en indiquer les causes : ce sera l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II.

Des causes générales des Nullités.

27. Nous avons dit, dans le chapitre précédent, que l'action en nullité différait de l'action en rescision, principalement parce qu'elles avaient des causes différentes; il convient donc de les séparer, dans l'examen que nous allons en faire, et de diviser le présent chapitre en deux sections ; nous traiterons dans la première, des causes de la nullité des actes et des conventions, et la seconde aura pour objet, les causes particulières qui donnent-lieu à la rescision des conventions.

Section première.

Des causes qui donnent lieu à la nullité, et à l'annulation des actes ou conventions.

28. Les actes ou conventions sont nuls ou annulables : 1.° pour vice de forme ; 2.° pour défaut de volonté d'une ou de plusieurs des parties contractantes ; 3.° pour cause de l'incapacité d'une ou de plusieurs de ces parties ; 4.° à raison de la nature de la chose, de la stipulation, ou du fait qui est l'objet de la convention, ou de la disposition ; 5.° pour défaut de pouvoir, de mandat ou d'attribution ; 6.° pour cause de contravention aux lois sur l'enregistrement.

Reprenons, dans autant de paragraphes particuliers, ces diverses causes des nullités.

Paragraphe premier.

Des nullités des actes dans leur forme.

29. Les actes, en général, sont nuls dans la forme, lorsqu'ils sont dépourvus d'une ou de plusieurs des formalités requises pour les constituer et leur donner l'être ; de celles dont on dit : *forma dat esse rei.* Les actes dans lesquels on a omis de pareilles formalités sont comme s'ils n'existaient pas ; car, ils ne remplissent point les conditions sous lesquelles la loi civile les a admis.

Il ne faut pas confondre ce genre de formalités, avec celles qui n'ont d'autre objet que de rendre l'acte

plus sûr et plus authentique, et connues, dans le droit, sous la dénomination de *formalités accidentelles.* Nous verrons, dans le cours de cet ouvrage, que l'observation de ces formalités n'est pas tellement nécessaire, que l'acte ne puisse exister sans elles.

30. La nullité qui résulte d'un vice de forme est, en général, odieuse; il convient donc de ne l'accueillir qu'avec circonspection, et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste. Vide infrà chap. 3 De l'interprétation des lois.

§ II.

Du défaut de volonté de la part d'un ou de plusieurs des contractans.

31. C'est la volonté qui sert de fondement aux conventions; il n'est pas de contrat qui puisse exister sans elle; si bien que, toutes les fois qu'il y a lieu d'en interpréter les clauses douteuses, on doit rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes. (Art. 1156 et 1163 du Code civil.)

32. Cette volonté doit être fondée sur l'intention de contracter, de s'obliger ou d'obliger les autres; un simple projet ne suffirait pas pour créer le lien de droit. *Vinculum juris.*

33. La volonté des parties contractantes doit se rap-

porter au même objet ; les conventions ou les contrats ne se forment précisément que par la stipulation et la promesse que les parties se font, respectivement, sur la même chose, ou sur le même fait : *conventio est duorum vel plurium in idem placitum consensus*. Ce qui a lieu même dans les promesses gratuites, car une libéralité ne peut se faire qu'à celui qui y consent. *Non potest liberalitas nolenti acquiri.* (Arg. de l'art. 932 du Code civil).

Si donc, lorsque deux parties veulent traiter ensemble, l'une était dans l'intention de vendre sa chose à l'autre, et que celle-ci n'entendit la recevoir qu'à titre d'échange, il n'y aurait pas concours, *in idem placitum ;* il n'y aurait pas de contrat.

Il en serait de même si l'une d'elles entendait vendre à l'autre une maison de campagne, et que celle-ci fût dans l'intention d'acheter la maison de ville du vendeur ; il est certain que, dans ce cas, le vendeur entendait vendre ce que l'autre n'était pas dans l'intention de lui acheter, et que l'acheteur croyait acheter ce que l'autre ne croyait pas lui vendre. Vid. leg. 9 cod. ff. du contrat empt.

Il n'y aurait pas de vente, non plus, si le vendeur stipulait un prix plus fort que celui que l'acquéreur entendait lui donner. Dict. leg. 9. Mais si l'acquéreur promettait un prix supérieur à celui que le vendeur avait en vue, la vente serait bien faite, car celui qui consent à acheter une chose à un certain prix, consent *à fortiori* à acheter cette chose pour un prix moindre.

§ III.

De l'incapacité des parties contractantes.

34. Ce n'est pas tout de consentir, il faut être capable de vouloir, et il faut en outre que la loi ne s'oppose pas à l'effet de la volonté que l'on exprime. Dans le consentement qui est requis pour la validité des conventions, il faut deux choses, disait Dumoulin, (de verb. oblig. tract. leg. si quisità n.° 20) la volonté et le pouvoir. *In consensu requiruntur et voluntas et potestas*. Sans ce double caractère, il n'y a pas de consentement. Nous avons vu, dans le § précédent, comment la volonté devait intervenir, voyons actuellement quand une partie est incapable de vouloir.

35. L'incapacité des parties contractantes est naturelle ou civile.

De l'incapacité naturelle.

36. L'incapacité naturelle est celle qui provient du défaut de raison. — Celui qui ne raisonne pas ne peut avoir une volonté refléchie; il ne peut contracter un engagement. On conçoit, en effet, que les conventions ayant pour objet nos besoins, nos goûts, ou nos intérêts, il faut que nous soyons en état de comparer les obligations que nous contractons avec les avantages que nous devons en retirer.

Les enfans n'ont point encore l'usage de leur raison,

les furieux, les insensés en sont également privés; ils sont donc naturellement incapables de contracter.

37. L'incapacité naturelle opère, par elle seule, la nullité des conventions. « La loi civile, dit le Chan-« celier d'Aguesseau, dans l'affaire de l'abbé d'Orléans, « ne fait que suivre et imiter la loi naturelle, et le « magistrat semble n'interposer son jugement que « pour joindre l'autorité de loi à celle de la nature. »

C'est en conformité de cette règle, que le législateur après avoir dit, dans l'art. 502 du Cod. civil, que les actes passés par l'interdit après le jugement d'interdiction, ou par lui passés sans l'assistance d'un conseil, étaient nuls de plein droit, ajoute dans l'article 503 du même code, que les actes antérieurs à l'interdiction *pourront être annulés*, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où les actes ont été faits.

38. C'est par suite de la même règle qu'il a été jugé avec raison qu'il n'était pas nécessaire que l'acte *annullable* aux termes de l'art. 503, fût entaché de dol ou de lésion. La Cour de cassation a décidé qu'il suffisait que celui qui avait souscrit l'engagement eût souffert un dommage dont l'appréciation est abandonnée aux lumières et à la conscience des magistrats. Arrêt du 15 nov. 1826. Rappor. par Sirey, vol. 27, part. 1re, page 51. — Il est évident que la notoriété de la démence jointe à l'existence du dommage, excluent l'idée d'une volonté saine.

39. Par application de cette même règle, que l'in-

capacité naturelle annule la convention, indépendamment des dispositions de la loi civile, nous pensons que l'ivresse, lorsqu'elle est portée au point de faire perdre la raison, produit la nullité de tous les contrats et actes que fait, pendant qu'elle dure, celui qui en est atteint. L'ivresse, en effet, est une véritable démence; elle nous prive de nos facultés: et soutenir que celui qui s'est obligé, dans cet état, est valablement obligé et a su ce qu'il fesait, c'est blesser les lois de la justice, c'est faire violence à la raison.

Sans doute, en matière criminelle, il eût été dangereux pour la société d'admettre l'ivresse comme une excuse; c'eût été donner une trop grande facilité de commettre le crime; c'eût été, en quelque sorte, lui donner un brevet d'impunité, et la morale et la raison commandaient de considérer l'ivresse comme une faute de plus: mais en matière civile, de pareils dangers n'existent pas; il faut s'en tenir aux principes généraux, suivant lesquels une volonté éclairée et capable de savoir à quoi elle s'oblige, peut seule servir de fondement à une obligation; or, l'homme pris de vin n'a pas plus de raison et ne peut pas plus valablement vouloir que l'homme en délire. Dès-lors, l'engagement qu'il a pris est nul, pour défaut de consentement; art. 1103 du Cod. civ. Il n'est pas même absolument nécessaire qu'il y ait eu dol ou fraude de la part de celui envers qui l'obligation a été consentie. Pothier, Traité des oblig. n.° 49; Puffendorf, droit de la nature,

livre 3. chap. 6, n.° 5. — Plusieurs coutumes, en France, permettaient de se dédire pendant vingt-quatre heures de tout contrat fait dans l'ivresse, et même de celui fait dans un cabaret. Conférences de Duparc Poullain, sur l'article 295 de la coutume de Bretagne.

La Cour royale d'Angers a reconnu que l'ivresse était une cause de nullité dans l'espèce suivante :

A la fin du mois de mai 1820, des affiches annonçaient que le 5 juin suivant il serait procédé, dans l'auberge du Dauphin, ville de Vilaine, par le ministère de M. D...... notaire, à la vente, au plus offrant, du domaine du Grand-Haut-Bois, appartenant aux sieurs Gouin et Houlbert.

Au jour marqué, des enchérisseurs se rendent dans l'auberge, et l'adjudication est faite au sieur Pothier, dernier enchérisseur.

Lorsque l'exécution du contrat est réclamée par les vendeurs, Pothier s'y refuse, prétendant qu'il était ivre lors de l'adjudication, et que son consentement lui a été surpris.

26 mai 1821, jugement interlocutoire qui admet Pothier à prouver son ivresse.

23 juillet 1822, jugement qui, considérant que si des témoins déposent de l'ivresse de Pothier, d'autres déclarent qu'il n'était point ivre, *que, dans le doute, foi est due à l'acte authentique,* condamne celui-ci à payer.

Sur l'appel, la Cour; attendu que la première des conditions essentielles à la validité des conventions est

le consentement de la partie qui s'engage; qu'en considérant sous ce rapport l'acte de vente du 5 juin 1820, on remarque que Pothier était échauffé par l'eau-de-vie, etc., que ces faits attestés par un grand nombre de témoins concordans et désintéressés, établissent jusqu'à l'évidence que Pothier était alors incapable de donner un consentement; que vainement on oppose que Pothier, le soir de l'adjudication, en a parlé à quelques personnes, que c'était donc avec connaissance qu'il avait mis des enchères, puisqu'il en conservait le souvenir après l'adjudication.... ..... Qu'on ne doit pas confondre la mémoire qui nous retrace des objets avec la raison qui les compare et nous fait discerner la nature et l'étendue de nos engagemens; *qu'il est de principe que l'ivresse telle qu'elle existe, d'après l'enquête, dans Pothier, est une espèce de délire avec lequel le consentement ne peut exister;* par ces motifs, met l'appel au néant, et déclare la vente nulle et de nul effet, condamne les vendeurs aux dépens. Cet arrêt est du 12 décembre 1823.

On trouve encore dans Sirey, vol. 24, part. 2, pag. 265, un arrêt de la Cour royale de Caen, qui a jugé que l'état d'ivresse opérait incapacité actuelle de tester, et que l'opinion émise par le notaire que le testateur lui a paru sain d'esprit, n'était qu'une opinion purement morale, indépendante de la forme substantielle de l'acte dont il est le rédacteur; que, par conséquent, il n'était pas nécessaire de recourir à

l'inscription de faux pour prouver l'erreur dans laquelle le notaire et les témoins avaient pu être induits sur ce point important.

40. Celui qui n'est que faible d'esprit, c'est-à-dire, celui qui n'est atteint que d'une imbécillité légère qui ne vient pas de l'extinction, mais seulement de la diminution de la raison, n'est pas absolument incapable de vouloir, et s'il peut facilement se laisser surprendre, il peut cependant concevoir l'effet du consentement qu'il donne ; aussi, n'est-il pas à même d'être interdit, et les engagemens qu'il forme ne sont pas frappés de nullité; c'est la conséquence des art. 502 et 503 du Code civil.

Le premier de ces deux articles dispose « que l'in-« terdiction ou la nomination d'un conseil aura son « effet du jour du jugement, et que tous les actes « passés postérieurement par l'interdit, ou sans assis-« tance du conseil, seront nuls de plein droit. » — Le second autorise les juges à faire remonter les effets de l'interdiction, par rapport aux actes faits antérieurement « lorsque la cause de l'interdiction existait no-« toirement à l'époque où ces actes ont été faits. »

Cette faculté de faire remonter les effets du jugement d'interdiction, n'a lieu, comme on le voit, que par rapport aux actes faits par l'interdit, et nullement dans le cas où il y a lieu seulement à la nomination d'un conseil judiciaire pour cause de faiblesse d'esprit ; cela devait être ainsi : au premier cas, la notoriété de

la démence fait présumer la mauvaise foi de la part de celui qui a traité avec l'interdit, en même temps qu'elle prouve que ce dernier était naturellement incapable de savoir ce qu'il fesait; tandis que au second cas celui qui n'était que faible d'esprit, ayant pu consentir, quoique d'une manière qui n'était point tout-à-fait réfléchie, les tiers qui ont traité avec lui ont pu le croire capable de contracter, et ne doivent, dès lors, répondre que de leur dol.

41. Mais si le faible d'esprit n'est pas naturellement incapable de vouloir, il n'en est pas moins vrai que sa volonté n'est pas toujours bien saine, et comme sa trop grande facilité pourrait l'exposer aux pièges de la mauvaise foi, on peut lui faire donner par la justice un conseil judiciaire sans lequel il ne peut plaider, transiger, emprunter, recevoir un capital mobilier, ni en donner décharge, aliéner ni gréver ses biens d'hypothèque. (Art. 499 et 513 du Code civil.)

42. Le caractère particulier de l'incapacité des faibles d'esprit a donné naissance à une question importante : partant de ce point que le jugement qui lui donne un conseil judiciaire, n'a point d'effet sur les actes qu'il avait consentis antérieurement, on a demandé si l'on devait en conclure que, au cas où il vînt à mourir après la dation du conseil, le testament qu'il aurait fait auparavant fût nécessairement valide, comme étant fait par un homme ayant une capacité suffisante.

Il est certain que le législateur n'ayant point réglé à cet égard la capacité du faible d'esprit, et s'étant borné à dire que pour faire une donation entre-vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit, (Art. 901 du Code civil), il a voulu que le tout fût déterminé par la capacité ou l'incapacité naturelle du testateur; rien n'empêche donc que l'on ne puisse demander et que l'on ne doive obtenir la nullité d'un testament ou d'une donation, si on peut prouver qu'au moment de leur confection le donateur ou le testateur n'étaient point sains d'esprit. L'art. 901 du Code civil établit en effet une règle générale et absolue dont la disposition est indépendante des art. 502, 503 et 504 du Code civil. Voir Grenier, en son traité des Donations et Testamens, part. 1.re, chap. 3., sect. 2., n.o 101 et suivants; arrêt de la Cour de cassation, du 22 novembre 1827, rapporté dans Sirey, vol. 27, part. 1.re, p. 187; Arrêt de la cour de Colmar, du 3 février 1813; Sirey, tome 13, part. 2.me, page 43; Paillet, sur l'art. 901.

« Nous étonnerons-nous, disait d'Aguesseau, dans « l'affaire de l'abbé d'Orléans, que les lois aient « permis aux hommes de disposer de leurs biens, et « plutôt et plus facilement par un contrat que par un « testament. Dans le contrat, la moindre capacité « suffit, parce qu'il est conforme au droit commun, « et que, d'ailleurs, on peut s'en rapporter à la foi de « celui avec qui on traite: on peut prendre un « conseil et signer, sans savoir précisément à quoi l'on

« s'engage, par la confiance que l'on a dans la probité,
« dans les lumières et dans l'expérience de celui que
« l'on consulte. — Mais, dans le testament, il faut que
« ces lumières, cette expérience, cette capacité se
« se trouvent dans celui qui le fait. Il n'est pas, à la
« vérité, défendu à un testateur de prendre un conseil,
« mais le conseil ne regarde point la substance de
« l'acte, il ne regarde que la forme. C'est au testateur
« à penser, à délibérer, à examiner, à se consulter,
« à s'interroger lui-même, en un mot, *à vouloir :* le
« Jurisconsulte ne lui donne ses avis que pour prêter
« à ses pensées les termes de la loi, et pour joindre,
« pour ainsi dire, la forme extérieure à la matière et à
« la substance de l'acte qui doit être produit par la
« seule volonté du testateur. »

43. Le faible d'esprit n'étant, en général, frappé d'incapacité que par la dation d'un conseil, son incapacité est une incapacité exceptionnelle, reposant plutôt sur la loi civile que sur la loi naturelle, il en résulte que celui à qui on a donné un conseil judiciaire pour une pareille cause, peut faire tous les actes qui ne lui sont point défendus par le jugement. Seulement s'il a été trompé, il a l'action du dol que les juges devraient admettre avec d'autant plus de faveur que sa facilité est plus grande, et son intelligence plus bornée.

44. On ne peut s'empêcher de déplorer le silence du législateur, relativement aux actes que le faible

d'esprit aurait consenti avant qu'on lui ait donné un conseil ; ne serait-il pas de toute justice que, comme le mineur, il pût se faire restituer contre de pareils actes, lorsqu'il aurait été lésé par les obligations qu'ils lui imposeraient. — Ne peut-il pas arriver que la prévoyance des parens soit éveillée trop tard, et que toute une fortune soit détruite avant qu'il ait été fait aucune démarche pour la conserver. — Ne serait-il pas juste que la loi permît un retour sur les actes passés avant le jugement qui donne le conseil ? Cette rétroactivité, admise avec précaution dans les cas graves où la lésion serait manifeste, punirait bien des fraudes, et réparerait bien des injustices. Ce serait, suivant nous, remplir une lacune bien importante, que de rendre commune aux faibles d'esprit la disposition conservatrice de la fortune des mineurs. Il pourrait en résulter quelques abus, mais ils seraient moins graves et moins nombreux que ceux qui résultent de l'état de notre législation à cet égard.

45. L'incapacité naturelle qui résulte de l'absence de la raison, peut n'être pas continuelle : il arrive souvent qu'elle est en quelque sorte périodique, et que ceux qui en sont frappés ont des intervalles lucides; par cela même, il arrive que leur famille ne demande point leur interdiction.

Celui qui se trouve placé dans cette position, n'étant ni toujours capable, ni toujours incapable, ses engagemens se ressentent de l'état de sa raison, au moment

où il les a consentis; ainsi, il n'est pas douteux que les actes qu'il a faits pendant un intervalle lucide ne soient valables. C'est la conséquence de l'article 503 du Code civil qui ne permet d'attaquer les actes antérieurs à l'interdiction, qu'autant que la cause de l'interdiction aurait existé notoirement *à l'époque* où ces actes auraient été faits. — Voir d'Aguesseau, dans son plaidoyer du 15 mars 1698, dans l'affaire de l'abbé d'Orléans; Furgole, Traité des testamens, chap. 4, sect. 2, n.° 208.

46. Remarquez que l'intervalle lucide n'est point une simple diminution, une rémission du mal, c'est une espèce de guérison passagère, une intermission si clairement marquée, qu'elle soit entièrement semblable au retour de la santé, et comme il est impossible de juger en un moment de la qualité de l'intervalle, il faut qu'il dure assez long-temps pour pouvoir donner une entière certitude du rétablissement passager de sa raison. Leg. 6. de Curat. fur. De là il suit qu'il ne faut pas confondre une action sage avec un intervalle lucide, parce qu'une action peut être sage en apparence, sans que celui qui en est l'auteur soit sage en effet. L'action n'est qu'un effet rapide et momentané de l'ame, l'intervalle dure et se soutient. D'Aguesseau, affaire d'Orléans.

47. Le sourd-muet est aussi naturellement incapable de contracter; non pas qu'il soit privé de raison, mais parce que son infirmité l'empêche d'exprimer sa vo-

lonté et d'entendre l'expression de celle des autres. *Sed et mente captis, et surdis et mutis, et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.* (§ 4 Inst. de Curat.)

48. Cette incapacité n'est pas tellement absolue qu'on ne puisse la vaincre; aussi est-elle extrêmement réduite depuis que, par les heureux efforts de la bienfaisance et du génie, le sourd-muet a été rendu à la société. Il est dès ce moment devenu capable d'exercer les droits qu'elle donne, et de remplir les devoirs qu'elle impose. Bigot-Préameneu dans son exposé des motifs, tit. des Donat. et Testamens.

49. Mais jusqu'à quel point le législateur a-t-il entendu le faire participer aux bienfaits de la vie civile, ou plutôt l'exposer aux dangers dont il doit y être environné? A quel point commence sa capacité? à quelles limites s'arrête-t-elle? La loi ne le dit pas; elle nous laisse dans l'incertitude. — Nous devons en conclure que le législateur a cru indispensable de s'en rapporter aux tribunaux et leur a laissé le soin d'examiner si, dans les causes qui leur seraient soumises, le sourd-muet avait manifesté sa volonté, et avait contracté en connaissance de cause. — Ce qui le prouve, c'est que, par l'art. 1123, Code civil, il est dit que toutes les personnes peuvent contracter si elles n'en sont pas déclarées incapables, et que nulle part on ne retrouve dans la loi une disposition qui déclare tel, le sourd-muet.

Ce qui le prouve encore, c'est ce qui s'est passé

au Conseil d'Etat lors de la discussion sur l'art. 146 du Code civil. Le projet de cet article déclarait les sourds-muets incapables de contracter mariage, à moins qu'il ne fût constaté qu'ils étaient capables de manifester leur volonté. Cette disposition fut retranchée sur l'observation du consul Cambacérès; puisque, « di-« sait-il, cette disposition a uniquement pour objet « d'expliquer que les sourds-muets ne peuvent se « marier qu'autant qu'ils peuvent consentir, la dispo-« sition se confond avec celle de l'article 4, d'après « laquelle il n'y a point de mariage, s'il n'y a point « de consentement. »

Enfin, cela résulte de la combinaison des art. 1109 et 1123 du Code civil, d'après lesquels tout individu qui peut manifester sa volonté peut contracter, s'il n'en est point déclaré incapable.

La capacité du sourd-muet est donc en général *toute de fait;* elle se réduit à cette question : A-t-il manifesté clairement sa volonté? a-t-il donné un consentement éclairé? — Peu importe au surplus de quelle manière.

50. Jusqu'ici nous nous sommes occupés de la capacité du sourd-muet, pour les conventions en général. Quant à la faculté de disposer, soit par donation, soit par testament, il faut distinguer : s'il ne sait pas écrire, il ne peut disposer, car il est impossible qu'il puisse donner des signes certains de sa volonté. *Si talis est testator qui neque scribere, neque articulatè loqui potest, mortuo similis est.* Leg. 29 Cod. de Testam.; Pothier, Traité des

Donations, sect. 1.re, art. 1, pag. 6. Cela est si vrai, que l'art. 936 du Code civil le rend incapable de figurer personnellement dans une donation qui lui est faite, pour l'accepter; à plus forte raison est-il incapable d'y figurer comme donateur.

51. S'il sait écrire, nul doute qu'il ne puisse faire un testament olographe, car la loi n'exigeant pour la confection de ce testament que la condition qu'il soit écrit, daté et signé de la main du testateur, le sourd-muet est à même de satisfaire au vœu de la loi. Inst. de Juts. lib. 2, titr. 2, § 3.

52. Il peut faire aussi un testament mystique; mais il faut que le testament soit entièrement écrit, daté et signé de sa main; qu'il soit par lui présenté au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription, il écrive en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrit l'acte de suscription dans lequel il est fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins. Art. 979, Code civil.

53. Mais peut-il faire un testament public? peut-il consentir une donation? Nul doute qu'il est incapable de faire un testament public; car suivant l'art. 972 Code civil, ce testament doit être *dicté* au notaire par le testateur, et le notaire ne peut l'écrire que tel qu'il est *dicté*. — Or le sourd-muet ne peut remplir cette formalité qui est cependant substantielle.

54. Quant à la question de savoir s'il peut faire

une donation, il y a plus de difficulté ; et cependant on paraît pencher pour l'affirmative, par le motif que suivant l'art. 902, Code civil, toute personne peut disposer par donation entre-vifs, si elle n'en a point été déclarée incapable, et que le sourd-muet n'est nullement frappé de cette incapacité. — C'est ainsi que M. Favard de Langlade dit, en son répertoire. V.° sourd-muet, n.° 2. « Lorsque le sourd-muet veut « faire une donation, rien ne s'oppose à ce qu'il écrive « sa volonté en présence du notaire et des témoins, « et qu'il ne signe très-valablement la transcription « que le notaire en a faite après en avoir pris lecture. » Voir encore ce que dit M. Grenier, Traité des Donations, n.° 285.

55. Tout en convenant que l'opinion de ces deux auteurs est la plus généralement suivie, nous n'en sommes pas moins convaincus qu'elle est en opposition aux principes, et inconciliable avec plusieurs dispositions du Code civil. On remarque, en effet, que le législateur ne s'est occupé que dans une seule circonstance de la capacité du sourd-muet pour disposer de ses biens, c'est pour l'autoriser à faire un testament mystique ; que pour une pareille disposition il a considéré comme insuffisantes la comparution du disposant devant le notaire et les témoins, sa signature au bas de l'acte, et sa déclaration au haut de l'acte de suscription *que le papier qu'il présente est son testament ;* qu'enfin il a prescrit impérieusement et comme pou-

vant, seule, présenter une garantie entière de l'intelligence et de la volonté du sourd-muet, la condition que le testament serait entièrement écrit, daté et signé de sa main.

Or, si la comparution du sourd-muet devant le notaire et les témoins, si sa signature au bas de l'acte, si la déclaration même de ses intentions, ne sont point suffisantes pour valider une disposition qui ne doit, cependant, avoir son effet qu'après qu'il ne sera plus, comment supposer qu'elles suffiront pour valider une donation qui doit le dépouiller à l'instant et irrévocablement (art. 894 du Code civil), et dont les suites peuvent être d'autant plus funestes qu'elles sont irréparables.

56. Vainement dit-on que le sourd-muet qui voudra donner, écrira ses intentions devant le notaire; car la loi n'exige pas cette condition, et, très certainement, le législateur n'aurait pas manqué de l'exiger, s'il eût voulu que le sourd-muet pût disposer de ses biens de cette manière. D'ailleurs, nous l'avons dit, cette déclaration est insuffisante pour la confection d'un testament mystique; elle serait donc sans force pour valider une donation qui exige bien une capacité aussi entière de la part du disposant.

57. Vainement encore, invoque-t-on l'art. 902 du Code civil, d'après lequel « toutes personnes peuvent « disposer par donation, si elles n'en sont point déclarées « incapables » ; car cet article doit être combiné avec

l'art. 1108 du Code civil, suivant lequel, le consentement de la partie qui s'oblige est une des conditions essentielles pour la validité des conventions, et encore avec les anciens principes qui considéraient le sourd-muet comme incapable de donner son consentement, et surtout d'en apprécier les conséquences. *Mortuo similis est,* disait la loi. 29 Cod. de Test.

Or, il suit de ces diverses dispositions et considérations, que le sourd-muet, étant naturellement incapable de manifester sa volonté, est présumé ne pouvoir donner un consentement sain et réfléchi; que cette présomption cesse bien devant les preuves du contraire, dans les contrats purement consensuels, parce qu'à leur égard, la preuve du consentement suffit, pourvu qu'il soit manifesté; mais que, pour les contrats solennels, pour les dispositions où le législateur a prescrit les formes et conditions spéciales qui devaient valider le consentement des contractans, le sourd-muet était incapable, à moins qu'il n'eût été relevé de son incapacité naturelle.

Ainsi, il ne peut pas faire de testament public, parce qu'il ne peut pas *le dicter*, et que le législateur ne l'a point dispensé de cette formalité. Suprà, n.° 53.

Ainsi, il ne peut pas faire un testament mystique, à moins qu'il ne se soumette à des formalités qui lui ont été imposées comme une garantie de son intelligence, et comme nécessaires à la manifestation de sa volonté. Art. 979 du Code civil.

Ainsi, et *à fortiori*, il est incapable de donner entre-vifs, puisque, pour ce genre de contrat, il faut la déclaration expresse *qu'on donne*, et que le sourd-muet est incapable de faire cette déclaration.

58. On objecte encore, que la loi permettant au sourd-muet de faire un testament olographe et un testament mystique, de contracter mariage, etc, etc. on doit présumer qu'elle a voulu lui permettre de consentir une donation entre-vifs; nous répondons qu'il n'y a aucune analogie entre ce dernier contrat et ceux dont nous venons de parler. Il était juste que le sourd-muet pût disposer de sa fortune, au gré de ses affections, pour le temps où il aurait cessé d'être; il était convenable qu'il pût se marier, et faire les actes nécessaires à l'administration, la conservation, ou l'augmentation de sa fortune : le priver de ce droit, c'eût été le priver d'un des avantages les plus précieux de la vie civile Quant au droit de disposer de son bien par donation, il n'y avait aucune raison de le lui accorder, et il y en avait beaucoup pour l'en priver : le testament, par exemple, est révocable; rien n'empêche celui qui l'a fait, n'étant pas libre, de le refaire quand la contrainte a cessé; tandisque la donation, rarement utile au sourd-muet, le dépouille d'une manière irrévocable, et peut avoir pour effet de le ruiner complètement.

59. Jusqu'ici, en parlant du sourd-muet, nous ne nous sommes occupés que de celui qui était privé d'une manière absolue de l'usage de la parole.

S'il s'agissait d'un sourd-muet qui pût se faire comprendre en parlant, quoique avec la plus grande difficulté, les dispositions qu'il aurait faites et les contrats qu'il aurait consentis, seraient valables. § *Utiquè* etc, aux Inst. *quib non est permiss., fac. test.*

60. En terminant ce sujet, qu'il nous soit permis d'émettre le vœu de voir le législateur s'occuper d'une manière plus spéciale, du sort du sourd-muet. Il ne suffit pas que la philantropie ait pris le soin de faire son éducation, et que le législateur le fasse participer aux avantages de la société : il faudrait que la surveillance de la loi devînt plus active, du moment que cesse la protection de ses maîtres. Il faudrait que son inexpérience fût éclairée, et qu'il eût un moyen de lutter contre les dangers qui l'environnent dans un monde qu'il ne connaît pas. Nous voudrions que, à raison de l'état physique de sa personne, de l'incertitude qui règne habituellement sur son intelligence, et sur la part qu'il prend aux engagemens qu'on lui propose, il fût considéré comme mineur, et qu'il fût soumis aux lois sur la minorité, ou tout au moins que l'on lui donnât un curateur, sans l'assistance duquel il ne pourrait aliéner ses biens. Que l'on réfléchisse, un seul instant, sur la législation qui le concerne, et l'on sera frappé des dangers dout il est environné. S'il sait écrire, il peut vendre, emprunter, consommer sa ruine; et cependant de pareils actes sont d'autant plus a craindre pour lui, qu'il peut être plus facilement

trompé ou violenté. Que de malheureux de cette espèce ont été dépouillés, sans avoir pu faire entendre leurs plaintes !

De l'incapacité civile.

61. Il y a incapacité civile dans tous les cas où il y a incapacité naturelle : c'est la conséquence de l'art. 1108 du Code civil qui place le consentement de la partie qui s'oblige ou qui dispose, au nombre des conditions essentielles à la validité des conventions.

62. L'incapacité civile, proprement dite, est celle de l'individu qui, étant naturellement capable de contracter, en est déclaré incapable par la loi.

63. Cette incapacité est exceptionnelle ; elle ne doit jamais être étendue au delà des bornes que la loi a assignées. Arg. de l'art. 1103 du Code civil.

64. Elle est absolue ou relative.

65. *L'incapacité absolue* est celle qui prive l'individu qui en est frappé de l'exercice de ses droits civils. — Elle est l'effet de la mort civile. Arg. de l'art. 25 du Code civil. « La mort civile, dit Merlin, en son répert. « V° mort civile, produit à l'égard de la société le même « effet que la mort naturelle : elle rompt absolument « tous les liens qui étaient entr'elle et celui qui l'a en- « courue ; il n'est plus censé exister que par une sorte « de commisération absolument indépendante des « lois. »

66. Le mort civilement est donc incapable de con-

sentir aucun des actes introduits par la loi civile. Seulement, le législateur lui a réservé les droits qui peuvent être nécessaires à son existence naturelle : ainsi, 1.° il est capable de recevoir à titre d'alimens, soit par acte entre-vifs, soit par testament; *Discours de l'Orateur du gouvernement, dans l'exposé des motifs du Tit. 1, liv. 1; Arrêt de la Cour de Paris, du 27 novembre* 18.3; 2.° il peut actionner ses enfans pour se faire donner des alimens : *Arrêt de la Cour de Paris, du* 18 *août* 1808; 3.° il peut acquérir à titre onéreux et faire le commerce : Arg. des art. 25 et 33 du Code civil; *Richer, De la mort civile ;* pag. 205 et 206. — Mais comme il ne peut personnellement ester en justice, s'il a besoin de plaider à raison des droits qui lui sont réservés, le tribunal devant lequel il porte son action, est tenu de lui nommer un curateur qui le représente. (Art. 25 du Code civil.)

67. *L'incapacité relative* est celle dont le législateur a cru devoir frapper certains individus, seulement à raison de certains actes, de certaines dispositions, ou à cause des circonstances dans lesquelles ces individus se trouvaient placés, au moment où la convention a été consentie, ou la disposition faite. — Cette incapacité n'existe pas pour d'autres actes que ceux pour lesquels elle a été prononcée; elle n'a pas lieu non plus hors des circonstances qui en avaient été le motif.

68. Malgré que nous nous soyons fait une loi de ne

pas approfondir les exemples, nous devons examiner succintement quelques-unes des incapacités prononcées par le code, et qui sont une cause journalière de procès et de difficultés.

ARTICLE PREMIER.

De l'incapacité des mineurs.

69. Quelques Jurisconsultes ont prétendu que la minorité n'était jamais une cause de nullité, mais seulement une cause de rescision, dans le cas où le mineur aurait été lésé ; ils ont cru trouver le fondement de cette opinion dans la nature même de cette incapacité qui, ne reposant pas principalement sur le défaut de raison, mais bien sur l'inexpérience et la trop grande facilité du mineur, ne peut avoir d'autre objet que d'éviter qu'il ne soit lésé ; suivant l'ancienne règle : *Minor non restituitur tanquàm minor, sed tanquàm læsus.*

Ils ont prétendu, en outre, qu'il y aurait une grande économie pour le mineur de lui permettre de faire toute sorte d'actes et de conventions, sans les nombreuses formalités auxquelles la loi les soumet, et qu'il n'y aurait aucun danger pour lui, puisqu'il pourrait, dans tous les cas, faire rescinder les engagemens onéreux.

Enfin, ils ont cru trouver, dans la jurisprudence, des décisions propres à dissiper tous les doutes ; ils ont invoqué un arrêt de la Cour de cassation, rapporté par Sirey, vol. 26, part. 1, pag. 168. Cet arrêt a jugé

que, lorsqu'un établissement industriel appartenant à des mineurs avait été vendu sans que les formalités prescrites pour l'aliénation des biens des mineurs eussent été remplies, cette vente pouvait être maintenue, si elle avait été faite par un huissier priseur, après évaluation, par un homme de l'art, de l'objet vendu, et si d'ailleurs il était constant que le prix fût un juste prix et eût tourné à l'avantage des mineurs, et qu'en maintenant une pareille vente, une Cour royale ne se mettait pas en contradiction avec l'art. 452 du Code civil.

70. Les considérations sur lesquelles repose cet arrêt seraient assez importantes pour nous faire désirer la révision des divers articles du Code qui intéressent les mineurs : souvent, en effet, nous avons déploré les longueurs et les frais des procédures relatives à la vente ou au partage de leurs biens; et souvent nous nous sommes convaincus que ces frais absorbaient la valeur des biens que la loi avait pour objet de conserver. Cependant, ces considérations, quelque puissantes qu'elles soient, ne peuvent dispenser de l'observation de la loi, et suivant nous, celle-ci est en opposition formelle avec l'arrêt précité. — La question étant importante, nous avons cru devoir l'examiner.

71. Sous toutes les législations, on a pensé que les besoins et les intérêts des mineurs pouvaient leur rendre nécessaires les mêmes actes, les mêmes engagemens que les majeurs sont dans l'habitude de consentir ; ces

mineurs, en effet, appartiennent à la grande famille sociale, ils ont une fortune à conserver ou à acquérir; et les frapper d'une incapacité absolue eût été d'une injustice évidente; c'eût été même être injuste envers eux, que de ne pas leur permettre de faire, par eux ou par leurs tuteurs, tous les actes qui rentrent dans l'exercice des droits civils.

72. Néanmoins, tout en reconnaissant les droits du mineur à cet égard, les législateurs n'ont pas perdu de vue qu'il n'était point d'un âge assez mûr et d'une expérience assez avancée, pour discerner l'utile de ce qui ne l'était pas, et pour échapper aux pièges que la cupidité ne cesserait de lui tendre; ils ont senti qu'il y aurait imprudence de mettre sa fortune à sa propre discrétion, ou même de la livrer au libre arbitre d'un tuteur ignorant ou de mauvaise foi, en permettant à l'un ou à l'autre, ou à tous les deux simultanément, de prendre toute sorte d'engagemens.

73. Dès-lors, ils ont dû distinguer parmi ces engagemens ceux qu'il serait nécessaire de soumettre à des conditions ou formalités spéciales, dont l'observation offrirait la garantie que les intérêts des mineurs ne seraient point compromis, et ceux, au contraire, desquels il était inutile de s'occuper d'une manière particulière, par le motif que le droit qu'aurait le mineur de le faire annuler ou rescinder, au cas de lésion, serait une garantie assez forte de la conservation de ses intérêts.

74. De là, la nécessité de distinguer parmi ces engagemens ceux qui seraient *nuls dans la forme*, c'est-à-dire, ceux qui seraient faits au mépris des dispositions spéciales, requises par les lois sur la minorité, comme garantie des intérêts du mineur, et ceux qui, n'ayant point été soumis à ces formalités ou à ces conditions, seraient seulement *rescindables pour cause de lésion.* — Cette distinction étant fondée sur l'ordre public, a toujours été d'une utilité incontestable, et les législations qui nous ont précédé l'ont, toutes, admise.

75. La loi Romaine, à laquelle précisément on emprunte tous les jours la maxime : *Minor non restituitur tanquàm minor, sed tanquàm læsus*, n'en reconnaissait pas moins qu'en certains cas la minorité était une cause de nullité des conventions, sans qu'il fût besoin de prouver, ni même d'alléguer la lésion : peu importe disait-elle, la vileté du prix, lorsque les biens du mineur ont été vendus sans l'observation des formalités prescrites : *Supervacuum est tibi de vili prætio tractare cum Senatûs-Consulti autoritas retento dominio alienandi viam obstruxerit.* Leg. 11. Cod. de præd. minor. sine decret. non alien.

Dans la loi 49 ff. de minor. Ulpien consacre la distinction entre les actes nuls et les actes rescindables. « Si res pupillaris, dit-il, vel adolescentis distracta « fuerit *quam lex distrahi non prohibet* ; venditio quidem « valet : verumtamen si grande damnum pupilli vel ado-

« lescentis versetur, etiamsi collusio non intercessit,
« distractio per in integrum restitutionem revocatur. »

Pothier, dans ses Pandectes, liv. 4, tit. 4, num. 14, à la note, rapporte les mots *quam lege distrahi non prohibet*. Et il ajoute fort à-propos : *Nàm si ea res sit quam lex distrahi prohibet, putà prædium rusticum, distractio ipso jure nulla est, nec opus est restitutione.*

76. Dans l'ancienne jurisprudence, on avait consacré aussi la distinction entre les engagemens nuls pour vice de forme et ceux contre lesquels le mineur était seulement restituable au cas de lésion : ainsi, par exemple, il était constant que la vente des biens immeubles du mineur sans l'observation des formalités prescrites par les lois d'alors sur la minorité, était nulle de plein droit. « On compte, disait Pothier, au « contrat de vente, n. 14, parmi les choses qui ne « peuvent se vendre, les héritages et autres immeubles « des mineurs, des interdits, de l'Église, etc. Ces « choses ne se peuvent vendre, si ce n'est pour quel- « que juste cause, en vertu du décret du juge, et en « observant au préalable certaines formalités. » On peut voir au surplus ce que disent : *Dumoulin, en son commentaire sur l'art. 173 de la Coutume du Bourbonnais ; Argou, Inst. du droit français, vol. 2, pag. 479 ; Louet, sur Brodeau et les arrêts qu'il cite, lettre A, somm. 5 ; Albert, v.° mineur* ; *Rousseau de Lacombe ; v. décret n°* 1. Enfin on peut lire *deux arrêts du Parlem. de Toulouse, rapportés dans le Journal du palais, v. 3 p.* 486 *et v. 5 p.* 328.

L'espèce du premier de ces arrêts mérite d'être rapportée. Elle prouve jusqu'à quel point les parlemens étaient esclaves de la loi Romaine que nous venons de citer. — Un sieur Martel, par acte du 12 avril 1694, acheta de Marie Faubie une vigne de contenance d'environ trente journaux; la venderesse déclara agir en qualité de mère, tutrice et légitime administreresse de la personne et biens de son fils mineur, à qui la vigne appartenait en sa qualité de seul et unique héritier de son père; elle déclara en outre que la succession de son mari était grevée de plusieurs dettes qu'elle ne pouvait acquitter; qu'au contraire elle avait de la peine à gagner sa vie et celle de son fils; que vu sa grande gêne, elle a été conseillée par ses bons parens et amis, pour éviter la dissipation de tous ses biens, d'en vendre une partie. — Cette vente fut, en conséquence, consentie au prix de 700 francs. La mère fit emploi dans le contrat même, au paiement des créanciers qui firent, en même temps remise, chacun du quart de sa créance. — Fut-il jamais de vente plus favorable! — Cependant au mois de septembre 1710, le mineur devenu majeur, fit assigner Martel en délaissement de la vigne, sur ce fondement qu'il était pupille lors de la vente que sa mère en avait faite, et que les solennités ordonnées par les lois, toto ff. tit. de reb. eor, qui sub. tut. vel curat. sunt. et cod. de præd. min. sine dec. non alien., pour l'aliénation des biens des mineurs, n'avaient point été observées; il demanda

encore la restitution des fruits, et offrit le rembourse-ment de la somme de sept cent francs, avec les intérêts.

Martel soutint au contraire son contrat; il se fondait 1° sur la nécessité de la vente; nécessité qui résultait de plusieurs saisies sur les biens des mineurs; 2° sur ce qu'elle avait été avantageuse au mineur, non-seulement en ce que les créanciers avaient été payés du prix; mais encore en ce qu'ils avaient fait l'abandon du quart de leurs créances; 3° *parce qu'il n'y avait point eu de lésion.* — De ces raisons, il concluait que la vente devait être maintenue *ex æquo et bono.* — A cela il ajoutait : que sur la foi de cette acquisition, et d'un titre qui paraissait si solide, il avait fait bâtir une maison, commode et logeable, à une des extrémités de cette vigne, et avait aussi fait diverses acquisitions au voisinage; enfin et subsidiairement, il concluait à ce que le demandeur fût condamné à lui payer la valeur de la maison qu'il avait fait bâtir : étant de règle que toutes les fois qu'on a bâti avec juste titre, on est fondé à demander le remboursement de la valeur du bâtiment. §. Ex divers. de rer. div. aux inst. et leg. 7 ff. de acq. rer. dom.

Là dessus, sentence qui condamna Martel à délaisser la vigne avec restitution des fruits, à dire d'experts, lui accorde les réparations utiles, nécessaires et permanentes; lui permet d'emporter les matériaux employés à la construction de la maison qu'il a fait bâtir sur ladite vigne, sans toutefois détériorer celle

ci, à la charge par le demandeur de lui rembourser la somme de 700 francs, avec les intérêts du jour du contrat.

Martel appela de cette sentence, et il fut débouté de son appel, par les raisons ci-dessus exposées.

77. Cette décision est remarquable en ce qu'il semble que toutes les circonstances les plus favorables étaient réunies en faveur de l'acquéreur. La justice et toutes les convenances militaient pour lui; le mineur au contraire se présentait sous le point de vue le plus défavorable, sa mère avait vendu pour lui conserver sa fortune, pour payer ses dettes, pour obtenir des remises, il n'avait éprouvé aucune lésion, et cependant il venait se plaindre! Certes, la cause n'était point douteuse, s'il se fût agi d'appliquer la maxime: *Minor non restituitur tanquàm minor sed tanquàm lœsus;* mais comme ce n'était point cette règle qu'il fallait appliquer; comme la vente avait été faite sans l'observation des formalités spécialement requises par les lois sur la minorité, *la vente était nulle de plein droit,* elle ne pouvait être dès-lors maintenue sous aucun prétexte; suprà n.º 15.

78. Au reste, l'opinion qui avait servi de fondement à cet arrêt était si généralement répandue, que s'il faut en croire ce qui est rapporté par Boniface, liv. 4, tit. 9, chap. 2, de l'aliénation des biens des mineurs, *elle n'était contestée ni par aucun docteur, ni par aucun parlement.*

79. Bien plus, l'incapacité du mineur et de son tuteur pour opérer la vente des biens immeubles du premier étaient si absolues, que cette vente ne pouvait avoir lieu, même des biens à lui donnés ou légués, avec permission de vendre à l'amiable. *Louet sur Brodeau, lett. A, n. 5, et* Automne *ad tit. quand. decret. opus non est.*

80. Telle était, sous l'ancienne jurisprudence, l'opinion générale sur la proposition ci-dessus. Le Code civil l'a-t-il modifiée? Il est évident que non.

« L'art. 484 dispose expressément que le mineur ne « pourra pas vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire « aucun autre acte que ceux de pure administration, « sans observer les formalités prescrites au mineur non « émancipé, à l'égard des obligations qu'il aurait con- « tractées par voie d achat ou autrement, *elles seront ré- « ductibles au cas d'excès.* » — Comme on le voit, cet article défend positivement au mineur de faire les actes qui ont pour objet l'aliénation de ses immeubles, sans observer les formalités spécialement requises. Au lieu que pour les actes d'achat ou d'administration, et autres obligations en général, l'article ne les défend pas au mineur; au contraire il lui permet de les consentir, en lui réservant toutefois le droit de les faire rescinder ou réduire au cas d'excès. — Donc il y a une différence entre ces deux espèces d'engagemens, car il serait déraisonnable de prétendre qu'il en est de même *des actes défendus, et des actes qui ne le sont pas.*

81. Mais quelle est cette différence? Il ne peut y en avoir qu'une; c'est qu'au lieu que ces derniers engagemens sont seulement rescindables au cas d'excès, les autres sont *nuls de plein droit*, par cela seul que les formalités prescrites par la loi pour leur confection, n'ont point été observées; c'est la seule conséquence raisonnable de la défense faite au mineur par les art. 457, 484, Code civ.; c'est celle qui résulte d'ailleurs des autres dispositions de la loi. L'art. 1311, Code civil, dispose en effet que le mineur est non-recevable à revenir contre l'engagement qu'il avait souscrit en minorité, lorsqu'il le ratifie en majorité, soit que cet engagement *fût nul en la forme*, soit qu'il fût *seulement sujet* à restitution.

Cette explication est au surplus donnée par l'orateur du gouvernement, qui fut chargé de présenter le titre des obligations; après avoir dit que la simple lésion donnerait lieu à rescision en faveur du mineur émancipé contre toute espèce de conventions, et en faveur du mineur émancipé contre toutes les conventions qui excéderaient les bornes de sa capacité, il ajoute: « Ce qui concerne l'aliénation des immeubles, « est soumis à des règles particulières. »

82. Il est donc hors de doute que le Code civil a maintenu les anciens principes sur l'incapacité du mineur; que comme autrefois la minorité peut être une cause de nullité, et qu'en ce cas, il est inutile de s'occuper du point de savoir si le mineur a été lésé par l'engagement dont il demande la nullité.

83. Cette première proposition établie, il nous reste à examiner quels sont, parmi les engagemens consentis par le mineur, ceux *qui sont nuls de plein droit*, et ceux qui *sont seulement sujets à rescision.* — L'art. 484 et l'art. 1311 répondent à cette question. Il en résulte en effet que *les premiers* sont ceux qui, à raison de leur importance, ont été soumis à des conditions ou à des formalités spéciales, et qui ont été faits au mépris de ces conditions et de ces formalités. — Tels sont 1° la vente du mobilier du mineur sans les formalités prescrites par l'art. 452, Code civil; 2° la vente d'un immeuble appartenant au mineur sans l'observation des formalités prescrites par les art 457, 458, 459, etc., Code civil; 3° le partage d'une succession, dont une partie appartient à un mineur, et pour lequel on ne s'est pas conformé aux dispositions de l'art. 838, Code civil, et autres qui y sont indiqués; 4° la transaction faite par le mineur ou par son tuteur, sans observer les dispositions portées par l'art. 467, Code civil.

Les seconds sont ceux qui, n'étant point soumis à des conditions ou à des formalités spéciales, renferment des obligations qui font éprouver un préjudice au mineur. Tels sont les achats et toutes autres obligations en général (art. 484, Code civil). Il est certain que dans de pareils actes, la forme ne veillant pas pour le mineur, comme dans les engagemens de la première espèce, il fallait que le juge pût venir au

secours de ce dernier, si ce secours était nécessaire, et qu'il pût rescinder une obligation trop onéreuse.

84. Remarquez au reste que les engagemens, que le législateur a assujettis à des formalités ou à des conditions spéciales, intéressent le plus ordinairement la fortune du mineur. Il convenait que le législateur annulât ces actes de plein droit, lorsqu'ils auraient eu lieu sans les formalités requises pour leur validité, à cause que par rapport à eux, l'action en rescision pour cause de lésion, ne serait le plus souvent ni assez prompte, ni d'un effet aussi sûr que l'action en nullité. Dans les ventes d'immeubles, par exemple, le mineur qui voudrait prouver la lésion, serait tenu de provoquer une expertise dont les opérations longues et coûteuses sont propres à le décourager, et peuvent par cela même nuire à l'exercice de son droit; il serait obligé de soumettre, en quelque sorte, sa fortune à la décision de trois experts souvent ignorans, et quelquefois circonvenus par un adversaire adroit, et souvent il serait dans l'impossibilité de faire constater des dégradations dont l'appréciation est cependant indispensable pour prouver la lésion dont il a à se plaindre.

Quelles pertes et quels embarras le mineur n'éprouverait-il pas par l'exercice d'une pareille action, par l'incertitude de son résultat! Combien de fois n'arriverait-il pas que la difficulté de se procurer les frais énormes qu'il serait tenu d'avancer, le placerait

dans l'impossibilité d'agir. On lui prête bien les fonds qui peuvent lui être nécessaires pour poursuivre l'effet d'une action en nullité, parce que, dans ce cas, la résolution de l'acte étant la conséquence naturelle et certaine de la violation des formes, il y a peu d'argent à avancer, et point de chances à courir; au lieu qu'à l'égard des engagemens dont nous venons de parler, la preuve de la lésion étant douteuse, et ne pouvant être établie que par une procédure faite à grands frais, on n'oserait pas s'exposer à faire les avances nécessaires. Il en résulterait cet inconvénient grave, que plus l'acquéreur de l'immeuble du mineur le dégraderait, plus il rendrait l'expertise douteuse, et le résultat incertain; et plus il rendrait difficile l'action du mineur, devenu majeur, plus il créerait des embarras; or, ces embarras seuls suffisent pour établir la lésion, et pour vicier l'acte par lequel le mineur aurait pris des engagemens de cette espèce. *Minoribus viginti quinque annis subvenitur non solùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cùm intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari*, leg. 6. ff. de minor.

85. Quant aux engagemens qui n'ont pas été soumis à des formalités spéciales, on remarque qu'ils se rattachent plus particulièrement à l'administration des biens du mineur; or, pour de pareils engagemens, l'action en rescision est bien suffisante, car il est bien rare qu'en les faisant, le mineur puisse compromettre sa fortune.

86. Nous devons répondre à une objection prise de l'art. 1304, Code civil, qui soumet l'action en nullité et l'action en rescision à un même délai ; on en a tiré la conséquence que par rapport aux actes du mineur, ces deux actions devaient être confondues, ou plutôt n'en faisaient qu'une seule ; c'est une erreur. L'art. 1304 n'a fait que reproduire les dispositions de l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, qui, bien que soumettant à une même durée l'action en nullité et l'action en rescision, n'en consacrait pas moins la distinction des actes nuls dans la forme, et des actes seulement rescindables. On lit, en effet, dans cet article : « Nous « voulons opter aucunes difficultés et diversités d'opi- « nions qui se sont trouvées par ci-devant le temps que « se peuvent casser les contrats faits par les mineurs ; « ordonnons qu'après l'âge de 35 ans parfaits et ac- « complis, ne se pourra pour le regard du privilége « en faveur de minorité, plus déduire ni poursuivre « la cassation desdits contrats, en demandant ou en « défendant par lettres de relièvement ou restitution, « ou autrement soit *par voie de nullité* pour l'aliénation « des biens immeubles, faite sans décret, ni autorité « de justice, *ou pour lésion, déception, ni circonvention* ; « sinon, ainsi qu'en semblables contrats, sera permis « aux majeurs d'en faire poursuivre par relièvement « ou autre voie permise de droit. »

87. L'examen que nous venons de faire, nous donne à penser qu'aujourd'hui comme sous l'ancienne juris-

prudence, attestée par Louet sur Brodeau, lett. A, nomb 5, le mineur ni son tuteur pour lui, ne pouvaient pas consentir la vente de biens immeubles qui auraient été donnés ou légués au premier avec permission de vendre à l'amiable. — Les formalités prescrites pour de pareilles ventes étant substantielles, et dans des vues d'ordre public, personne ne peut dispenser de leur accomplissement.

88. Nous admettrions cependant une exception qui pourrait être infiniment utile aux mineurs, et qui ne les exposerait à aucun danger; c'est pour le cas où un testateur leur léguerait une propriété immobilière, *sous la condition* qu'ils la vendraient dans un délai déterminé *pour un prix également déterminé*, et qui serait employé à payer les dettes du légataire. En pareil cas, nul doute que la vente étant l'exécution d'une condition sans laquelle le mineur ne serait point propriétaire du bien vendu, serait valable, si toutefois le legs avait été accepté par le tuteur ou par le mineur dans la forme légale; nous pensons avec le jurisconsulte Romain, qu'il n'est pas nécessaire que la justice intervienne dans une pareille vente, pour calmer l'inquiétude du tuteur, puisqu'il ne fait qu'exécuter la volonté du défunt. *Neque enim in eâ re autoritas præsidis necessaria est ut tutorum sollicitudini consuletur, si voluntati defuncti pareant.*

89. Nous désirerions beaucoup, dans l'intérêt des mineurs, qu'une pareille disposition devînt usuelle;

qu'un père, par exemple, qui aurait des enfans mineurs, et qui devrait le quart de sa fortune, pût leur léguer des immeubles déterminés, sous la condition que leur tuteur les vendrait pour une somme qui serait fixée dans le testament, et qui serait immédiatement employée à payer les dettes de la succession. Une pareille disposition, quand elle n'excéderait pas la quote disponible, ne pourrait souffrir de difficultés; et, au fond, elle conserverait bien souvent la fortune d'un mineur.

90. Le mineur est relevé de son incapacité pour les conventions et donations portées dans son contrat de mariage; on conçoit en effet qu'il eût été bien inutile que le législateur permît aux mineurs de se marier, si en même temps il ne leur eût permis de consentir les conventions, sans lesquelles, le plus souvent, le mariage ne pourrait avoir lieu; seulement il faut qu'en consentant ces conventions ou donations, ils soient assistés des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage, art. 1095 et 1398, Code civil. — Ces deux articles consacrent l'ancienne règle: *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

91. Les articles 1095 et 1398 qui permettent au mineur qui se marie, de consentir toutes conventions et donations, dont le contrat de mariage est susceptible, modifient-ils les art. 457 et 484, qui lui défendent d'aliéner ses biens immeubles, de telle sorte que la mineure puisse, en se constituant des biens de cette

nature, donner pouvoir à son futur époux de les vendre sans observer les formalités prescrites par l'art. 457 ?

La question était, autrefois, très controversée. Les lois Romaines ne voulaient pas que la fille mineure pût donner un pouvoir aussi étendu à son futur époux, et la plupart des Jurisconsultes qui ont écrit sur l'ancienne Jurisprudence française étaient du même avis; on peut voir les lois citées par Roussille, Traité de la Dot, tome 1 chap. 10 pag. 239, et par Lebrun, Traité de la Communauté, liv. 1 chap. 5, dis. 2 nomb. 26.

Au contraire, le Parlement de Toulouse admettait dans toute son extension la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*; et il autorisait la fille mineure à donner à son futur époux le pouvoir de vendre à l'amiable les immeubles qu'elle se constituait en dot. Voir Catelan et son commentateur Vedel, liv. 4 ch. 45 et liv. 5 chap. 26.

Il suffit de lire les dispositions des articles 1095 et 1398 du code, pour demeurer convaincus que le législateur a adopté l'opinion du Parlement de Toulouse. Le second de ces articles dispose, notamment, que le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir *toutes les conventions et donations* dont le contrat est susceptible, etc. Or, qui dit *tout* n'excepte rien. — Comment, d'ailleurs, serait-il possible de supposer qu'une disposition aussi précise, aussi générale, ne s'appliquerait pas à la constitution de dot avec permission de vendre, lorsqu'il est constant que, de toutes les

clauses que l'on stipule dans les contrats de mariage qui se passent dans le midi de la France et dans les provinces qui suivaient le droit Romain, c'est une de celles auxquelles les parties contractantes tiennent le plus, et qui a dû, dès-lors, occuper le plus l'esprit des législateurs.

92. Sans discuter plus long-temps cette question, nous nous bornerons à rapporter le passage suivant qui est extrait du Traité du contrat de mariage, de M. Bellot, tome 1 pag. 72, et qui nous parait énoncer les vrais principes. « L'art 1095 permet au mineur de « donner tout ce qu'un majeur pourrait donner, s'il « est assisté de ceux dont le consentement lui est né- « cessaire pour se marier. Donner est plus que vendre, « l'acte est plus ruineux ; si l'un de ces contrats devait « être défendu au mineur qui se marie, ce serait, « sans doute, le premier. Si un mineur peut donner « un immeuble à son conjoint, nous ne voyons pas « pourquoi ce mineur ne pourrait pas permettre à son « conjoint de le vendre. Il est à croire que les parens « ne le permettront que pour l'avantage du mineur; « et, comme la femme a une hypothèque légale sur « les biens de son mari, cette aliénation n'est pas « aussi dangereuse pour la femme qu'on peut se l'ima- « giner. Est-elle contraire à la loi? Elle n'est point « contraire aux art. 1309 et 1398 L'est-elle aux art. « 1125 et 457? Oui : mais ces articles sont modifiés « par l'art. 1398. Est-ce que le mineur ne pourrait,

« assisté de ceux dont le consentement est nécessaire « pour son mariage, faire un ameublissement? Nous « pensons bien sincèrement qu'il le peut; si cela lui « est permis, c'est bien encore une aliénation; aliéna- « tion qui n'a pas de conséquence moindre que celle « dont il s'agit. Nous avons peine à croire qu'un arrêt « de la Cour royale de Riom, du 19 novembre 1809, « qui juge le contraire, fixe la jurisprudence. L'alié- « nation qu'a faite la femme mineure, dans l'espèce, « est une véritable convention du mariage qui peut être « pour elle d'un avantage évident. La loi, en disant « que le mineur assisté peut faire toutes les conven- « tions qu'un majeur pourrait faire, parle d'une « manière trop générale pour croire qu'il y ait excep- « tion pour le cas proposé, etc. »

93. Que doit-on décider sur la question de savoir si la mineure qui se marie peut, avec l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage, consentir que son hypothèque légale soit restreinte à certains immeubles de son futur époux?

S'il ne fallait consulter que les dispositions générales de l'art. 1398 du Code civil, il est certain que la future épouse aurait ce pouvoir, puisqu'elle est habilitée par cet article à faire toutes les conventions dont son mariage est susceptible. Mais la question doit être jugée par l'art. 2140 du même code qui dispose que « lors- « que, dans le contrat de mariage, les parties *majeures* « seront convenues qu'il ne sera pris d'inscription que

« sur un ou plusieurs immeubles du mari, les im-
« meubles qui ne seraient pas indiqués pour l'inscrip-
« tion resteront libres et affranchis de l'hypothèque,
« pour la dot de la femme et pour ses reprises et con-
« ventions matrimoniales, etc. »

Cet article s'occupe d'une faculté exceptionnelle dont l'exercice peut être très préjudiciable à une épouse, il ne l'accorde qu'à celle qui est *majeure*. Dès-lors, il la refuse à celle qui n'a pas encore vingt-un ans. Les termes de la loi sont précis, et nous dispensent d'énumérer les motifs d'une pareille restriction. — Nous n'hésitons donc pas à soutenir que si, par l'art. 1398, le législateur a relevé le mineur de l'incapacité dont il était frappé par les art. 457 et 484, l'art. 1398 a été lui-même modifié par l'art. 2140. — S'il pouvait exister le moindre doute, il doit cesser devant un arrêt de la Cour de cassation dont les considérans sont décisifs;

« La Cour, après en avoir délibéré, attendu que
« l'art. 2140 n'a permis qu'à la femme *majeure* de
« restreindre, dans le contrat de mariage, son hypo-
« thèque légale à certains immeubles du mari, spé-
« cialement désignés;

« Que, lorsque cette restriction est ainsi opérée par
« la femme *majeure*, son hypothèque se concentre
« dans les immeubles désignés; — que, dans ce cas,
« tous les autres immeubles du mari sont affranchis
« de l'hypothèque légale;

« Que l'art. 2140 n'ayant accordé cette faculté qu'à « la femme *majeure*, on ne pourrait, sans étendre « cette disposition, l'appliquer à la femme mineure « qui doit, par conséquent, conserver son hypothèque « entière, telle que la loi la lui confère, tant pour la « conservation de sa dot, que pour la sûreté de ses « reprises matrimoniales;

« Que la faculté de cette restriction fut agitée, pour « la première fois, au Conseil d'état, lorsqu'on s'y « occupa des hypothèques et des priviléges;

« *Que la discussion dissipe tous les doutes qui ont été* « *élevés sur cette question*;

« Que des opinions entièrement opposées furent, « en effet, émises au Conseil d'état;

« Que l'une de ces opinions tendait à n'admettre la « faculté de restreindre l'hypothèque légale, ni à « l'égard des femmes mineures, ni à l'égard des « femmes majeures;

« Que l'opinion opposée tendait, au contraire, à « permettre une restriction, non-seulement aux « femmes majeures, mais encore aux femmes mi- « neures;

« Que la dissidence des opinions cessa dès qu'on « eut proposé une nouvelle rédaction de l'art. 2140, « telle qu'elle se trouve aujourd'hui dans le code;

« Que, par cette nouvelle rédaction, la faculté de « restreindre l'hypothèque fut limitée aux parties « *majeures*, tandis que, par la première redaction,

« elle était indéfiniment accordée aux parties, sans « distinction de majorité et de minorité;

« Que cette discussion et cette nouvelle rédaction « démontrent qu'on n'a entendu permettre et qu'on « n'a réellement permis qu'à la femme majeure de « restreindre son hypothèque légale, et qu'on a en- « tendu refuser cette faculté, et qu'on l'a réellement « refusée à la femme mineure;

« Que les art. 1309 et 1398 du Code civil qui auto- « risent, en général, les mineurs à faire dans les con- « trats de mariage, du consentement de leurs parens, « toutes les conventions dont ces contrats sont suscep- « tibles ne s'appliquent qu'aux conventions qui ne « sont pas spécialement réglées par la loi; — qu'en « effet, malgré ces articles, le législateur n'en a pas « moins limité à la femme majeure la faculté de res- « treindre l'hypothèque légale, etc, etc; Rejette — 19 juillet 1820.

94. Telles sont les règles de l'incapacité des mineurs. La loi, il faut le dire, a trop multiplié les formalités et les frais, et, par cela même, elle a manqué le but qu'elle s'était proposé, celui de conserver leur fortune. Combien n'a-t-on pas vu, en effet, de petits patrimoines dévorés par le fisc, les expertises, les hommes de loi! Et combien de fois le mineur n'a t-il pas eu à déplorer la protection dont on avait voulu l'environner!

Notre législation est incomplète, elle est même ri- goureuse envers les mineurs; et c'est pour nous un

devoir de renouveler les vœux qu'on ne cesse de faire depuis long-temps pour obtenir qu'elle soit revue et modifiée.

95. Pourquoi, par exemple, un père, un parent, un ami qui laissent leurs biens à des mineurs, n'auraient-ils pas le droit d'autoriser ces mineurs, s'ils sont en âge d'être émancipés, ou leurs tuteurs, à vendre, amiablement, ces biens à un prix dont le *minimum* serait fixé par la donation ou le testament, et à la charge d'employer ce prix à payer les dettes du mineur, ou le passif de la succession ? La tendresse du père, l'amitié du parent ou du bienfaiteur, la connaissance qu'ils ont de la valeur de leurs biens, ne seraient-elles pas une garantie suffisante de l'utilité de pareilles dispositions ? Suprà, n.° 87 et 88.

96. Pourquoi encore, un tuteur, un mineur émancipé ne seraient-ils pas autorisés à consentir le partage d'une succession dans laquelle ce dernier serait intéressé ? Pourquoi la loi ne permettrait-elle pas que ces lots, faits par les parties, fussent tirés au sort, en audience publique, et que l'acte, contenant les autres opérations du partage, fût homologué, après rapport, et sur les conclusions du ministère public ? Pense-t-on que ces précautions ne seraient pas suffisantes ? Et l'expérience ne nous apprend-elle pas, tous les jours, que les formalités actuellement exigées n'offrent pas au mineur des garanties plus réelles !

ARTICLE DEUXIÈME.

De l'incapacité de la femme mariée.

97. La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours de son mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. (Art. 227 du Code civil.)

98. Cette autorisation doit être spéciale; toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, ne pourrait valoir que pour l'administration des biens de la femme. (Art. 223 et 1538 du Code civil.)

99. Le défaut d'autorisation produit la nullité de l'engagement de la femme, art. 225, Code civil; peu importe que cet engagement lui soit avantageux ou désavantageux, car l'autorisation n'est pas requise en sa faveur, mais bien en faveur de son mari, et pour maintenir la puissance qu'il a sur les biens par elle apportés dans la communauté conjugale.

100. La femme ne peut non plus ester en justice, sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique ou commune, ou séparée de biens, art. 215, Code civil. — A défaut de cette autorisation, elle ne peut être poursuivie à raison des condamnations prononcées contre elle.

101. Cette autorisation n'est pas nécessaire à la femme pour ester en jugement, lorsqu'elle est pour-

suivie en matière criminelle ou de police; art. 216, Code civil.

102. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entr'eux. — Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé; art. 220, Code civil.

103. Elle peut aussi tester sans l'autorisation de son mari; art. 226, Code civil. — Le testament, en effet, doit être l'expression libre de sa volonté; et il ne le serait pas, si le consentement du mari était nécessaire. — Remarquez, d'ailleurs, que le testament ne doit avoir effet qu'à la mort, c'est-à-dire, à une époque où le mariage étant dissous, la puissance maritale n'existe plus.

104. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, elle peut le faire citer directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui *peut* donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil; art. 219, Code civil; art. 861 du Code de procédure civile.

105. Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge *peut* donner l'autorisation; art. 218, Code civil. Il est à remarquer cependant que ce

n'est que lorsque la femme est défenderesse, que le juge peut donner cette autorisation sans demander l'avis du mari, car il serait injuste que son refus pût affaiblir les droits des tiers; s'il s'agissait d'une action à intenter par la femme, celle-ci devrait demander l'autorisation dans la forme prescrite par l'art. 219, Code civil, et par l'art. 861 du Code de procédure civ. (Arg. de ce dernier article.)

106. La femme qui veut contracter ou ester en jugement, doit s'adresser directement à la justice, sans avoir besoin de citer préalablement son mari, dans les trois cas suivans :

1° Lorsque le mari est frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, et cela pendant la durée de la peine *seulement*, art. 221, Code civil. Après cette époque, il reprend l'exercice de ses droits, et il est relevé de toutes les incapacités qui résultaient de sa condamnation; art. 633, Code d'instruction criminelle.

2° Lorsque le mari est interdit ou absent, art. 222, Code civil, ou seulement présumé absent, art. 863, Code de procédure civile, ou même lorsque son éloignement *constaté* l'empêche de donner son autorisation pour une affaire urgente; comme, par exemple, s'il s'agissait, pour la femme, d'intenter une action en interruption de prescription, etc. etc.

3° Lorsque le mari est mineur, art. 224, Code civil,

et qu'il s'agit d'un acte que le mineur n'aurait pas lui-même capacité pour consentir. S'il s'agissait d'un acte que le mineur émancipé pût faire, par exemple, d'un acte d'administration, il pourrait autoriser sa femme, et sur son refus, celle-ci serait obligée de le faire citer en justice. Cette distinction est basée sur l'art. 224; mais surtout sur ses motifs, qui ne sont autres que l'ancienne règle: *qui per se ipsum facere quid prohibetur aliis concedere non potest*

107. La femme n'a pas non plus besoin de demander à son mari l'autorisation pour ester en justice, lorsqu'elle le poursuit en séparation de corps. Il suffit que le juge autorise la femme lorsqu'elle comparait, et qu'elle prend ses conclusions; c'est le cas de la règle: *nemo potest esse actor in rem suam.*

108 Une question assez délicate divisait autrefois les jurisconsultes; c'était de savoir comment la femme était habilitée pour contracter avec son mari.

Ricard, Lebrun, et autres, pensaient que pour de pareils actes, la femme pouvait s'obliger seule envers son mari, et que celui-ci n'avait pas même besoin de l'autoriser.

Pothier, de la puissance maritale, n. 42, pensait que cette autorisation était nécessaire, mais qu'elle était suffisante; qu'ainsi il n'y avait pas lieu de recourir à la justice.

Le Code gardant le silence sur cette question, on doit s'en tenir à la règle générale écrite dans les arti-

cles 217 et 219, Code civil, suivant laquelle la femme ne peut s'adresser à la justice qu'autant que son mari *refuse de l'autoriser* ou de concourir à l'acte. — On doit croire, en effet, que si le législateur avait voulu qu'il y eût exception à cette règle, il s'en serait expliqué, comme il l'a fait dans l'article 1558, pour la vente de l'immeuble dotal, et dans l'art. 2144, pour la restriction de l'hypothèque légale. Son silence prouve qu'il n'a pas entendu que la femme recourût à la justice; par cela seul, que le mari avait intérêt à l'acte qu'elle se proposait de consentir.

C'est ainsi, du reste, que la loi a toujours été interprêtée; notamment, il a été décidé par un decret du 17 mai 1809, que la femme autorisée par son mari, pouvait constituer sur ses biens propres un majorat, en faveur de lui-même, etc. etc.

Notamment encore, la Cour de cassation a jugé, par son arrêt du 8 novembre 1814, que les art. 217, 218 et 222 du Code civil, ne recevaient point exception dans le cas où le mari devait profiter de l'autorisation.

109. *Nec obstat*, un arrêt de la même cour, qui a décidé que la femme qui plaidait contre son mari en vertu d'une autorisation de justice, ne pouvait pas se désister valablement de sa demande, avec l'autorisation de son mari. La seule lecture de cet arrêt, prouve que la cour s'est décidée par cette double consideration que le mari aurait été, dans l'espèce de la cause, *actor in rem suam*, et que le désistement était fraudu-

leux. — « *Attendu*, porte cet arrêt, *qu'indépendamment* « *des violens indices de dol personnel, dont la cour a déclaré* « *entaché l'acte de désistement dont il s'agit*, aux termes de « l'art. 219, Code civil, la femme en puissance de « mari, doit être par lui, ou bien à son défaut, par la « justice, autorisée à passer tous actes; que celui de « désistement d'une instance en séparation de biens, « intentée par la dame Gonin contre le demandeur, « était de la nature de ceux qui exigent une autorisa- « tion de la justice, puisqu'elle avait été déjà autorisée « par elle pour la former; d'où il suit que l'omission de « cette formalité de rigueur affectait de nullité un « pareil désistement, et qu'elle n'aurait pu être cou- « verte par l'autorisation du sieur Gonin qui ne pouvait « être *auctor in rem suam*, etc. »

110. Au reste, il ne faut pas croire que la femme coure de grands dangers pour sa fortune, par cela seul que son mari peut l'habiliter dans les conventions auxquelles il serait intéressé; car, outre l'action de dol et fraude qu'elle serait en droit d'exercer contre son mari, si celui-ci avait abusé de son influence, elle ne peut lui vendre ses biens que dans les cas déterminés par la loi (Art. 1595 du Code civil). Et si elle lui a consenti une donation, elle peut la révoquer; Art. 1096 du même code.

111. Si la femme est séparée de corps et de biens, ou de biens seulement, elle est capable de tous les actes d'administration : elle peut *disposer de son mobilier et*

l'aliéner, mais elle ne peut aliéner ses immeubles, sans le consentement de son mari ou l'autorisation de la justice. (Art. 1449 du Code civil.)

112. Quoique la femme séparée de biens puisse disposer de son mobilier, nous ne pensons pas qu'elle puisse aliéner sa dot mobilière. Il est bien vrai que plusieurs Cours royales lui donnent ce droit. Voir le Mémorial de Jurisprudence de Toulouse, vol. 28, pag. 57; mais cette jurisprudence nous paraît tellement subversive des principes relatifs à l'objet et à la nature de la dot, qu'il nous est impossible de l'admettre. Peu de mots suffiront pour justifier notre opinion.

La dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. — Dès le moment du contrat, le mari a des droits sur la jouissance de cette dot, et les enfans, à mesure qu'ils naissent, acquièrent un droit pareil. Arg. des art. 203, 1448, 1540 etc, Code civil. — Aussi, et pour que la dot ne soit pas enlevée à sa destination, le législateur a voulu que, si elle consistait *en immeubles*, elle fût inaliénable, art. 1554 du Code civil; que si elle était mobilière, ou si elle consistait en une somme d'argent, la femme eût, sur les biens de son mari, une hypothèque légale, indépendante de l'inscription; art. 2135, Code civil; qu'enfin, le mari qui est l'administrateur du ménage perçût cette dot et en jouît, sous l'obligation d'en supporter les charges.

Du moment que le désordre d'affaires du mari met

cette dot en péril, ou même lorsque les revenus en sont compromis au point qu'ils ne peuvent pas être employés à l'entretien des époux et des enfans, la femme peut demander la séparation de biens; art. 1563 du Code civil. Si le tribunal la prononce, la femme reprend l'administration de ses biens; notamment elle reprend l'administration de ses biens dotaux; le jugement qui intervient fait passer sur sa tête les droits qu'avait son mari, et lui rend la jouissance de sa dot mobilière avec les charges qui y étaient attachées.

Nous disons : *Avec les charges qui y étaient attachées;* car la séparation de biens ne dissout pas le mariage, et tant que celui-ci dure, la dot doit supporter, ou au moins aider à en supporter les charges.

Mais si la femme pouvait recevoir sa dot sans emploi et sans caution, quelle serait la garantie de l'époux et des enfans? comment cet époux dont la détresse est constatée par le jugement qui prononce la séparation de biens, pourrait-il assurer pour lui, pour sa femme et ses enfans, des moyens d'existence?

Tant que cette dot est restée dans ses mains, la femme, ses parens, le procureur du roi pouvaient en assurer la restitution par une inscription sur ses biens, art. 2194 du Code civil; mais lorsque cette dot passe dans les mains de la femme, peut-on présumer que la loi ait voulu qu'elle y passât pour y être dissipée? qu'elle pût être livrée à l'inexpérience d'une femme qui n'a jamais administré sa fortune?

Pour le décider ainsi, il faudrait dire que la séparation de biens dissout le mariage; mais comme cela n'est pas, comme cette séparation n'ôte pas à la dot son objet ni son caractère, il est évident, ou rien ne le sera, qu'elle doit être placée de manière à ne pouvoir être perdue. La décision contraire est en opposition avec les principes sur le régime dotal; elle n'est avantageuse ni pour la femme ni pour ses enfans; elle peut entraîner les conséquences les plus graves dans leur fortune.

Vainement dit-on que la loi permet à la femme de disposer de son mobilier, car l'art. 1449 qui lui donne cette faculté doit se combiner avec les art. 203, 1448, 1540, 1554 et 2135 du Code civil, et il résulte de cette combinaison que si le législateur lui a permis la libre disposition de sa fortune mobilière, il n'a pu avoir en vue que la partie de cette fortune qui était restée libre à la femme, c'est-à-dire, ses paraphernaux, et nullement les biens qu'il avait lui-même déclarés inaliénables, et en quelque sorte indisponibles, dans l'intérêt des époux et des enfans.

On objecte encore que, par l'art. 1549, le législateur considère comme un acte d'administration la perception des capitaux constitués, que, dès-lors, la femme *reprenant* l'administration de ses biens, doit la reprendre telle qu'elle l'avait conférée à son mari, c'est-à-dire, avec le droit de percevoir les capitaux. — On peut répondre qu'en donnant ce droit au mari, le législateur avait frappé ses biens d'une hypothèque indépendante

de l'inscription, et qu'il avait ainsi assuré, autant qu'il était en lui, la restitution de la dot; qu'ainsi, on ne doit pas supposer que ce droit que le mari avait *sous condition* ait été rendu à la femme, sans condition de garantie ou d'emploi. Voir, au surplus, les arrêts rapportés par Sirey, sur les art. 1449, 1549, etc. de son Code annoté.

113. Le droit que la loi donne à la femme d'aliéner son mobilier produit-il cet effet que, si elle a consenti, *seule*, une obligation en faveur d'un tiers, cette obligation soit valable jusqu'à concurrence de ce même mobilier? Nous ne le pensons pas: l'art. 218 du code qui défend à la femme de contracter sans l'autorisation de son mari, s'exprime en termes généraux, et nulle part on ne trouve une exception pour la femme séparée de biens. L'art. 1449 qui permet à la femme de disposer de son mobilier, semble bien vouloir établir une dérogation à l'art. 218, mais cela est douteux, et par cela même, nous devons nous prononcer en faveur de la puissance maritale *qui est d'ordre public.*

La Cour de cassation qui, par son arrêt du 16 mars 1813, rapporté par Sirey, tom. 14, part. 1.re, pag. 160, avait validé une pareille obligation, a changé d'avis; elle a jugé qu'une obligation de cette nature devait être annulée, *même en ce qui touchait les revenus et le mobilier de la femme*, si l'obligation n'était pas reconnue être une suite de l'administration de ses biens, ou n'avait pas eu pour objet de pourvoir à ses besoins.

Cet arrêt est du 5 mai 1829; il est rapporté par Sirey, tom. 29, part. 1.re, pag. 181.

ARTICLE TROISIÈME.

De l'incapacité des communes.

114. Les communes sont toujours mineures. Le maire est leur tuteur, et celui-ci ne peut faire aucun acte important, sans l'autorisation du conseil municipal qui est le seul représentant légal de la commune, pour tout ce qui touche à ses biens et à ses besoins.

115. Les communes ne peuvent emprunter, vendre, échanger ou autrement aliéner, qu'après avoir obtenu l'autorisation dans la forme prescrite par la loi. *Henrion de Pansey, des Biens comm. liv.* 2, *chap.* 11. — Elles ne peuvent pas transiger sans cette autorisation; art. 2045 du Code civil. — Elles ne peuvent pas partager sans une pareille autorisation, les biens qu'elles jouissent en commun avec des particuliers; enfin, elles ne peuvent pas même recevoir à titre gratuit, si elles n'y sont autorisées par ordonnance royale. (Art. 910 du Code civil.)

116 Elles sont également incapables d'ester en jugement sans être autorisées; *art.* 4 *et* 15 *de la loi du* 28 *pluviose an VIII; Arrêté du* 17 *vendemiaire an X.* — Cette autorisation est nécessaire pour l'attaque comme pour la défense; *Loi du* 14 *décembre* 1789. — Elle est tellement essentielle, que le maire d'une commune ne la représente réellement devant les tribunaux qu'autant

qu'il a reçu l'autorisation de plaider : à défaut de cette autorisation, le maire étant sans caractère distinctif, le jugement rendu contre lui, quoique en sa qualité de maire, est à l'égard de la commune, *res inter alios acta*, et ne la lie en aucune manière. Elle pourrait donc se soustraire aux condamnations qui porteraient contre elle, lors même que dans l'ensemble de leurs dispositions elles lui seraient favorables.

117. L'autorisation pour plaider n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'une action formée par un particulier contre une commune, comme responsable de dommages à lui causés, et en général toutes les fois qu'il s'agit de poursuites *d'ordre public et de haute-police ordonnées par une loi spéciale*. Arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1821, rapporté par Sirey, vol. 22, part. 1.re, pag. 50; ni quand il s'agit de poursuites de police correctionnelle. *Ordon. royale du 22 février* 1821.

118. Tout acte fait avec une commune non légalement autorisée, tout jugement rendu contr'elle sans autorisation sont nuls de plein droit. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait lésion. — Néanmoins les tiers n'ont pas le droit de se prévaloir de la nullité, ainsi que nous le prouverons dans le cours de cet ouvrage.

ARTICLE QUATRIÈME.

De quelques incapacités relatives.

119. Des motifs de convenance et d'ordre public ont déterminé le législateur à prononcer quelques in-

capacités qu'il est d'autant plus essentiel de connaître, qu'elles peuvent nous frapper ou nous intéresser tous, par suite de notre état dans le monde, de nos rapports de famille; et des circonstances dans lesquelles nous pouvons nous trouver placés. — Comme ces incapacités sont des causes radicales de la nullité des actes, nous devons indiquer celles qui peuvent recevoir, le plus souvent, leur application.

120. 1.° Il est défendu aux tuteurs d'acquérir les biens de ceux dont ils ont la tutèle, et d'accepter la cession des droits ou créances contr'eux, ni prendre leurs biens à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à leur en passer bail; art. 450 du Code civil. — Il leur est aussi défendu de faire aucun traité avec leurs mineurs devenus majeurs, s'il n'a été précédé de la reddition d'un compte détaillé et de la remise des pièces justificatives, le tout constaté par un récépissé de l'ayant compte, dix jours au moins avant le traité. (Art. 472.)

Enfin, il leur est défendu de rien recevoir de ceux qui ont été leurs pupilles, si le compte définitif de la tutèle n'a été préalablement rendu ni apuré. Art. 907 du Code civil.

121. 2.° Par analogie, pareille défense est faite au co-tuteur des enfans mineurs de sa femme, de recevoir aucun don de ces enfans, même devenus majeurs, avant l'apurement du compte de tutèle. Arrêt de la Cour de Metz, du 18 janvier 1821, rapporté par

Sirey, vol. 22, part. 2, pag. 362; arrêt de la Cour de Limoges, du 4 mars 1822, Sirey, vol. 22, part. 2, pag. 265.

122. Il est même à remarquer que le co-tuteur ne peut pas profiter de l'exception introduite *en faveur des ascendans* par l'art. 902, car cet article ne comprend point les *alliés;* et il n'y a aucune raison d'accorder à ceux-ci un droit que les ascendans tenaient, en quelque sorte, de la nature, avant qu'il leur fût réservé par la loi. D'ailleurs, la qualité de co-tuteur est, en général, peu favorable.

123. Si le mineur est émancipé, la prohibition existe-t-elle pour le curateur? Nous ne le pensons pas: car outre qu'il n'est point compris dans la prohibition, il n'y a pas de raison de l'y comprendre; ne percevant ni les capitaux ni les revenus du mineur, il n'est pas comptable envers lui; il est d'ailleurs sans influence sur sa volonté, du moment que la curatèle a cessé. — Il y a même raison de décider pour le subrogé tuteur. Arg. de l'art. 902 du Code civil. Ricard, des Donat. part. 1.re, pag. 676.

124. 3.° Les enfans naturels reconnus ne peuvent rien recevoir par donations entre-vifs ou par testament, au delà de ce qui leur est accordé au titre des successions, art. 908 du Code civil; art. 756 et suivans, même code. — Cette prohibition ne paraît ne pas devoir étendue au cas où, s'agissant d'un patrimoine peu important, la part que la loi accorde à l'enfant

naturel serait insuffisante pour lui fournir des alimens. Nous pensons que, dans ce cas, le père pourrait lui donner au delà de ce que la loi détermine par les articles ci-dessus; que même il pourrait tout lui donner, si tout était nécessaire, pour un motif aussi intéressant. Nous avons vu, en effet, que l'obligation où était un père de fournir des alimens à ses enfans était de droit naturel, que par cela même il les devait à son fils, *mort civilement;* nous allons voir bientôt qu'il les doit à son fils adultérin ou incestueux, comment serait-il privé du droit de les fournir à son fils naturel? La nature et la loi s'opposent à une pareille interprétation; car ce serait faire tourner, contre l'enfant naturel, les dispositions par lesquelles le législateur avait voulu le traiter plus favorablement que les enfans adultérins et les enfans incestueux.

125. L'incapacité de l'enfant naturel est d'ordre public; c'est dans l'intérêt du mariage qu'elle a été établie. Aussi avons-nous peine à concevoir les doutes qui se sont élevés sur la question de savoir s'il pouvait être adopté par ceux qui l'avaient reconnu; et si, par cette adoption, on pouvait le soustraire aux suites de son incapacité?

La négative nous paraît certaine. La loi n'a pas voulu que l'enfant naturel eût les mêmes droits que l'enfant légitime, sur la succession de son père. — Elle a si peu voulu que sa volonté à cet égard pût être éludée, qu'elle a frappé de la même incapacité ceux qui

pourraient être choisis pour le faire profiter indirectement des droits qu'elle lui refusait ; art. 911 du Code civil. Dès lors, nous devons penser qu'elle a aussi proscrit d'avance tout acte ou arrangement qui aurait pour objet de lui faire obtenir tout, lorsqu'il n'a droit qu'à la moitié, au tiers, au quart, etc.

Or, l'adoption n'aurait pas d'autre objet, art. 350 du Code civil ; donc elle serait, dans l'espèce, une violation manifeste de la loi. Il est bien vrai que quelques Cours du royaume ont jugé différemment ; mais tant que la question ne sera point souverainement jugée, nous persisterons à croire qu'il faut repousser une interprétation contraire à celle que nous venons de donner à la loi. *Interpretatio fugienda per quam lex redditur elusoria.* Franc. rip. in leg. si constant. n.° 5. sol. matrim.

Nous ajouterons, d'ailleurs, que l'adoption a toujours été considérée comme une fiction par laquelle celui qui n'avait point d'enfans s'en donnait un auquel il transmettait son nom et sa fortune ; qu'ainsi, elle n'a pu être accordée à celui qui était père. Pourquoi, en effet, recourir à la fiction quand il y a la réalité !

126. 4.°. Les enfans incestueux ou adultérins ne peuvent rien recevoir de leur père ou mère, si ce n'est à titre d'alimens. Art. 762 du Code civil.

Mais, quel est l'enfant auquel on peut, *légalement*, donner le titre d'enfant adultérin ou incestueux ? Ce ne peut être celui auquel on ne pourrait opposer que l'acte de reconnaissance de ceux qui se diraient les

auteurs de ses jours, car une pareille reconnaissance est nulle, art. 335 et 342 du Code civil; et par suite, elle ne peut pas plus être opposée à l'enfant, qu'il ne pourrait lui-même s'en prévaloir. — Ce ne peut donc être que celui dont l'existence légale se trouve constatée, sans qu'il soit besoin de recourir à une pareille reconnaissance. Par exemple, lorsqu'elle est la conséquence d'un jugement qui fait droit à l'action en désaveu, dans le cas de l'art. 312 du Code civil; par exemple, encore, lorsqu'elle est la conséquence d'un jugement qui annule un mariage pour cause de bigamie, ou pour cause d'inceste, etc, etc.

Dans ces circonstances et autres pareilles, l'état de l'enfant se trouvant constaté comme conséquence de la chose jugée, il a droit à des alimens.

127. 5.° Les docteurs en médecine et en chirurgie, les pharmaciens, sont incapables de profiter des dispositions entre-vifs ou testamentaires que leur auraient consenties leurs malades, pendant le cours de la maladie dont ils seraient morts. Art. 909 du Code civil.

Cette incapacité n'en existe pas moins, quoique pour mieux éluder la loi, le médecin, le chirurgien ou le pharmacien, aient épousé la malade; arrêt de la Cour de cassation, du 30 janvier 1820, et cependant, le mariage est inattaquable; arrêt de la même Cour, en date du 30 août 1808.

128. Ne perdons pas de vue que les motifs de l'incapacité des médecin et chirurgien sont pour prévenir

la fraude et l'ascendant qu'ils pourraient prendre sur l'esprit de leurs malades, dans le but de leur extorquer toute ou partie de leur fortune. C'est assez dire qu'il ne faut pas étendre cette incapacité sur ceux qui donneraient des soins à celle qu'ils ont épousée sans fraude. En agissant ainsi, l'époux médecin, remplit un devoir, et le législateur qui le lui impose par l'art. 212 du Code civil, se mettrait en contradiction avec lui-même, s'il le punissait de l'avoir rempli.

129. Par la même raison, ils peuvent profiter : 1°. des dispositions rémunératoires faites à titre particulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services rendus ; 2.° des dispositions universelles, dans le cas de parenté jusqu'au quatrième degré inclusivement, pourvu toutefois que le décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe ; à moins que celui au profit de qui la disposition a été faite, ne soit lui-même du nombre de ces héritiers ; art. 909, Code civil.

130. 6.° Les ministres des cultes sont frappés de la même incapacité. (*Idem.*)

131. 7.° Il faut en dire autant des empiriques, des sages-femmes ; Ricard, des Donations, sect. 1 re, n.° 501, et généralement de tous ceux qui, sans avoir légalement le titre de médecin, exercent cependant la médecine Arrêt de la Cour de Paris, du 9 mai 1820, rapporté dans Sirey, vol. 20, part. 2, pag. 259. — L'identité des motifs étant parfaite, ce n'est pas créer une incapacité et ajouter à la loi, ce n'est qu'inter-

préter celle-ci et en déterminer le sens et l'application : *Non possunt omnes articuli sigillatim, aut legibus, aut Senatus-Consultis, comprehendi : Sed cùm in aliquâ causâ sententia eorum manifesta est, is, qui jurisdictioni præest, ad similia procedere, atquè ita jus dicere debet.* Leg. 12, ff. de legibus.

132. 8.° La vente ne peut avoir lieu entre époux que dans trois cas suivans : 1.° celui où l'un des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement avec lui, en paiement de ses droits ; 2.° celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou les deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent en communauté ; 3.° celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté ; sauf dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect. (Art. 1595, Code civil.)

133. 9.° Les administrateurs des communes ou établissemens publics, ne peuvent, *à peine de nullité*, acquérir des biens confiés à leurs soins et qui sont dans le cas d'être vendus ; il en est de même des mandataires, pour les biens qu'ils sont chargés de vendre. — Des officiers publics, pour les biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère. (Art. 1596, Code civil.)

134. Les juges, leurs suppléans, les magistrats remplissant les fonctions du ministère public, les greffiers, huissiers, avoués, défenseurs-officieux et notaires, ne peuvent accepter la cession des procès, droits et actions litigieux qui sont de la compétence du tribunal dans le ressort duquel ils exercent leurs fonctions, *à peine de nullité* et des dépens, dommages et intérêts. (Art. 1597 du Code civil.)

135. 11.° Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf dans les cas d'exception exprimés par les art. 1555, 1556, 1557, 1558 et suiv. (Art. 1554 du Code civil.) — Cette disposition est d'ordre public; elle est faite dans l'intérêt du mariage, et pour que les époux et leurs enfans conservent toujours une dernière ressource. — Aussi, lorsque la vente d'un immeuble dotal a eu lieu, elle est radicalement nulle. — La femme ou ses héritiers peuvent la faire révoquer *après* la dissolution du mariage, (soit que cette dissolution ait lieu par la mort, soit qu'elle ait lieu par suite d'un jugement de séparation de biens) sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription, pendant sa durée. — Le mari lui-même peut faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux dommages-intérêts de l'acquéreur, *s'il n'a pas déclaré*, dans le contrat, que le bien vendu était dotal; art. 1560 du Code civil.

L'action accordée au mari, lorsqu'il n'a pas déclaré que le bien vendu était dotal, et lorsque, par conséquent, il est tenu de tous dommages et intérêts envers l'acheteur, est une exception à la règle : *Eum quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* : mais l'intérêt des enfans et de la femme ont rendu cette exception nécessaire.

136. 12.° Le saisi ne peut, à compter du jour de la dénonciation à lui faite de la saisie, aliéner les immeubles, à peine de nullité, et *sans qu'il soit besoin de la faire prononcer*. Art. 692 du Code de procédure.

Ces derniers mots signifient seulement que le poursuivant peut passer outre et continuer la procédure en saisie, nonobstant toute vente et signification qui pourraient être faites dans le cas de l'art. 692. Il ne faut donc pas croire que, si le saisissant et les créanciers trouvaient cette vente avantageuse, ils ne pussent pas la maintenir; au contraire, il est positif que la nullité n'est radicale que pour eux, c'est-à-dire, qu'autant qu'ils la proposent et qu'elle ne peut être invoquée par l'acquéreur. Arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembre 1827, rapporté par Sirey, vol. 28, part. 1.re, pag. 240. — Arg. de l'art. 693 du même Code.

137. 13.° Le concubinage est une cause de nullité des donations, dans tous les cas où il produit l'inceste ou l'adultère, et où la preuve en est acquise comme la conséquence d'un jugement. L'intérêt de la société aurait exigé que l'on admît, dans tous les cas,

le concubinage comme une cause de nullité d'une donation. Nous n'aurions pas manqué de le considérer comme tel, et d'appuyer notre conviction des nombreuses autorités que nous fournit l'ancienne jurisprudence, si nous n'avions été frappés du danger d'admettre la preuve testimoniale. Mais, combien de fois n'aurait-on pas été exposé à entendre des témoins complaisans et coupables flétrir, de leur bouche parjure, les rapports les plus purs de la reconnaissance et de l'amitié !

Nous avons donc cru devoir nous en tenir au cas où le concubinage se trouve prouvé par jugement, et qu'il produit l'inceste ou l'adultère, comme dans le cas des art. 337, 339, 340 du Code pénal ; il n'est pas douteux qu'alors il ne soit une cause de nullité.

Cette décision est incontestable lorsqu'un enfant a été le fruit de l'inceste ou de l'adultère, car cet enfant est incapable de profiter d'aucune des dispositions qui lui seraient faites par son père ou sa mère ; et ceux-ci sont frappés de la même incapacité par l'art. 911 du Code civil, qui les répute personnes interposées.

Elle ne peut pas l'être, non plus, lorsqu'il n'y a pas d'enfans, car si la loi a cru devoir punir ces derniers d'une faute qui leur est étrangère, comment supposer qu'elle a voulu traiter plus favorablement les vrais coupables ? Telle n'a pas été la volonté du législateur, et lorsque par les art. 1131 et 1133 du Code

civil, il a annulé toutes dispositions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, il a dû mettre en première ligne les dispositions faites par un époux adultérin ou incestueux à son complice.

138 Nous ferons toutefois observer que, si le concubinage sans adultère et sans inceste n'est pas, en général, une cause suffisante de la nullité d'une disposition, il peut être considéré comme un des moyens les plus puissans de captation et de dol; il devient alors une cause de rescision. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 30 décembre 1829, que le fait de nullité pour cause de concubinage, comme moyen de captation, dépendait des circonstances, et que la décision des juges sur ce point échappait à toute censure. Gazette des Tribunaux du 31 décembre 1829.

139. Quelques Jurisconsultes ont pensé que le suicide était une preuve de démence, et que, par cela même, il était une cause de nullité du testament fait quelques instans avant la mort. Cette opinion ne nous parait pas fondée; quelque coupable que soit envers sa famille et envers la société celui qui, de propos délibéré, met fin à sa propre existence; quelque exaltation que l'on puisse supposer dans son esprit, il peut ne pas être insensé. Tant de causes, en effet, ont pu produire son affreuse résolution, que, comme le Jurisconsulte Romain, nous devons le plaindre. *Si quis impatientiâ doloris, aut tædio vitæ, aut morbo, aut furore,*

aut pudore, mori maluit, non animadvertatur in eum. ff. lib. 49 tit. 16. leg. 6.

Tout ce que l'on peut dire, c'est que le suicide étant opposé à nos mœurs et à notre nature, peut être allégué comme une forte présomption de démence ou de fureur, et que, réuni à quelqu'autre circonstance grave, il peut prouver que son auteur n'était point sain d'esprit. Cela aurait lieu, par exemple, si le suicide avait été précédé de quelqu'acte d'aliénation mentale; ou encore, si la disposition faite portait les traces de la démence ou de la fureur. — Dans ces circonstances et autres pareilles, le fait même du suicide prouve que le testament ou la donation n'ont point été faits dans un intervalle lucide.

140. Telles sont les incapacités particulières dont nous avons cru devoir nous occuper; nous n'en mentionnerons pas d'autres, puisqu'il suffit de lire la loi qui les prononce, et que l'énumération en serait longue et sans intérêt pour nos lecteurs. Nous nous bornerons à rappeler que la capacité est toujours présumée, et que l'incapacité est une exception dont les effets ne peuvent jamais être étendus au-delà des limites que le législateur a lui-même posées. *Mala restringenda sunt, non amplianda et multiplicanda.* Suprà, n.° 63.

141. D'un autre côté, nous devons rappeler que ce n'est pas sans de motifs graves que le législateur a frappé d'incapacité certains individus, que dès-lors,

toutes les questions qui peuvent se rattacher à une pareille matière doivent être résolues de manière que la volonté du législateur ne soit pas éludée. *Etenim interpretatio fugienda per quam lex redditur elusoria.* De là, deux règles essentielles qui trouvent ici leur place.

142. *La première,* c'est que les tribunaux doivent annuler tout acte, accord ou disposition par lesquels les parties ont fait indirectement ce que la loi leur défendait, à peine de nullité, de stipuler ou d'accepter directement. Cela a lieu, par exemple, toutes les fois que les parties ont déguisé, sous la forme d'un contrat onéreux, une disposition en faveur d'un incapable. Art. 911 et 1099 du Code civil; arg. de l'art. 843, même code.

143. *La seconde*, c'est que toute disposition au profit d'un incapable est nulle, quand elle est faite sous le nom de personnes interposées; c'est-à-dire, quand elle est faite à quelqu'un qui ne doit pas en profiter et qui n'a été choisi que pour en faire profiter l'incapable; art. 911 du Code civil. La loi répute personnes interposées; les père et mère, les enfans et descendans et l'époux de l'incapable, art. 911; et en certains cas, les parens dont l'incapable est héritier présomptif, au jour de la donation. Art. 1100 du Code civil.

144. La présomption établie par les articles ci-dessus dispense de toute preuve celui au profit duquel elle existe. — Elle est même de nature à ne pouvoir être détruite par une preuve contraire, art. 1350 et

1352 du Code civil; et celui que la loi répute personne interposée, ne peut pas être admis à prouver que c'est par affection ou par considération pour lui que la disposition a été consentie.

La Cour de cassation a consacré ces principes, par son arrêt du 13 juillet 1813, rapp. par Sirey, vol. 13, p. 1.re pag. 361; elle a déclaré essentiellement nul le legs fait à la mère d'un bâtard adultérin par le père reconnu de ce bâtard, encore qu'il apparût que le legs avait été fait à la mère par pure affection pour elle; encore que ce bâtard fut incapable de succéder à sa mère, et conséquemment de trouver dans sa succession le legs universel du père; et enfin, encore que la mère ayant disposé du legs, eut indiqué par là qu'elle n'était pas interposée pour le transmettre à ses enfans.

145. Les art. 911 et 1100 sont limitatifs en ce sens, qu'ils désignent les personnes *que la loi présume*, personnes interposées, mais ils n'excluent pas les autres cas où une personne peut avoir été choisie pour faire profiter un incapable. Rien n'empêche donc que celui qui ne se trouve point compris dans ces deux articles, ne puisse, suivant les circonstances, être déclaré personne interposée.

§ IV.

La nullité des contrats résulte quelquefois de la nature de la chose, qui fait la matière de l'engagement.

146. Toute convention consistant dans le consente-

ment par lequel une ou plusieurs parties s'obligent à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose, il ne peut y avoir de contrat, sans une chose qui en soit l'objet. (Art. 1108 et 1126, Code civil).

147. Le mot *chose* employé dans ce dernier article, est pris dans le sens le plus étendu. Il signifie tout ce qui peut être la matière d'un engagement, il se rapporte à tous les droits, faits, ou promesses, qui peuvent nous être utiles ou agréables; et par cela même, au simple usage, à la simple possession d'une chose. (Art. 1127, Code civil).

148. Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire la matière d'un engagement, (art. 1128, Code civil). Les choses qui sont dans le commerce, sont celles qui peuvent être vendues ou achetées.

149. L'obligation doit avoir pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée, art. 1129, Code civil. — Une chose est déterminée lorsqu'on en connaît l'espèce, la qualité, et qu'on en connaît ou peut connaître la quantité.

150. Il n'est pas nécessaire qu'une chose existe pour qu'elle puisse être l'objet d'une convention, les choses futures peuvent aussi en faire la matière, art. 1130, Code civil. Ainsi on peut stipuler sur le produit d'une partie de chasse, d'une partie de pêche, sur la cargaison d'un navire.

151. Il est néanmoins des circonstances dans lesquelles la loi a cru devoir interdire toute stipulation sur les choses futures. Ainsi, par exemple, on ne peut pas vendre des blés en vert, une pareille vente est contraire à l'ordre public, *loi du 6 messidor, an III.* — Voir encore Pothier, des obligations, n. 132, in fine.

Ainsi encore, on ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui dont il s'agit, art. 1130, Code civil. Une pareille stipulation a toujours été contraire à l'ordre public. Nous devons ajouter qu'elle offrirait une trop grande facilité pour rompre l'égalité des partages.

152. La convention doit toujours avoir un objet licite, c'est-à-dire, qui ne soit pas contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'ordre public. Ainsi il est défendu de compromettre sur les dons et legs d'alimens, logemens, vêtemens, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui sont sujettes à communication au ministère public, leg. 8 ff. de trans. et leg. 32. §§ 6 et 7, *ibid.* — Art. 1004 du Code de procédure civile.

153. Lorsque la stipulation consiste dans un fait, il faut qu'il soit possible, arg. de l'art. 1172; car la convention qui a pour objet une chose impossible, est comme si elle était sans objet.

154. Mais si la convention a un objet véritable, et qu'elle soit faite sous une condition impossible, il faut

distinguer si la condition est affirmative, ou si elle est négative.

Est-elle affirmative? Il faut encore distinguer si elle est placée dans un testament ou une donation, ou si elle est placée dans une convention ordinaire.

Au premier cas, elle est considérée comme non écrite, art. 900, Code civil. — Au second cas, elle rend nulle la convention qui en dépend, art. 1172, même Code.

Si elle est négative, c'est-à-dire, si elle consiste à ne pas faire une chose impossible, elle ne rend pas nulle l'obligation sous laquelle elle avait été contractée, art. 1173, Code civil; elle est considérée comme non écrite.

155. Sous la domination de conditions impossibles, on comprend non-seulement celles qu'il est naturellement impossible d'accomplir, mais encore celles que le devoir, la raison et la loi ne permettent pas d'accomplir, encore qu'elles soient très-possibles en elles-mêmes, leg. si stipul. in princ. ff de verb. oblig. Aussi le législateur prohibe-t-il toute condition contraire à la loi, ou aux bonnes mœurs, art. 1172, Code civil.

156. Ainsi, par exemple, le legs fait à une femme à condition qu'elle ne se mariera pas, n'en est pas moins valable, quoique le légataire se marie; une pareille condition est contraire à l'ordre public, qui favorise les mariages, et comme telle *réputée non écrite.* (loi du 5 septembre 1791).

Si une pareille condition était imposée dans une

convention, la convention serait nulle, art. 1172, Code civil.

L'on doit remarquer que la loi du 5 septembre 1791, ne proscrit pas la clause prohibitive du convol, comme elle a proscrit la clause prohibitive d'un premier mariage; la clause prohibitive du convol n'a rien d'illicite, elle peut souvent être considérée comme le service le plus signalé qu'un père mourant rend à ses enfans — Voir Toulier, t. 5, n. 259; Merlin, rép. de jurisp. V° condition, sect. 2, § 5, n. 4. — Enfin, arrêt de cassation du 20 octobre 1807. Rapp. par Sirey, t. 8. p. 1re pag. 128.

157. Ainsi encore, on peut considérer comme condition illicite et contraire à la morale, la condition imposée à un légataire ou à un contractant, de vivre et de mourir dans une religion spécialement désignée. Une pareille condition tendrait à gêner le libre exercice de la foi religieuse. — Elle est donc *réputée non écrite*, lorsqu'elle se trouve dans une donation ou un testament. Arrêt de la Cour de Colmar, en date du 9 mars 1827, rapporté par Sirey, vol. 27, part. 2.me pag. 176; et si elle est écrite dans une convention ordinaire, elle en produit la nullité.

§ V.

Les conventions sont nulles pour défaut de cause.

158. La cause d'un contrat est le motif qui détermine les parties à contracter, à s'obliger.

Dans les contrats à titre onéreux, la cause de l'en-

gagement que prend une des parties, est ce que l'autre partie lui promet ou lui donne, ou le risque dont elle se charge.

Dans les contrats à titre gratuit ou de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre, est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle. Pothier, Traité des obligations, part. 1.re, chap. 1, § 6, n.° 42.

159. La cause est de l'essence des conventions et des contrats, art. 1108 du Code civil; et toute obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet; art. 1131 du même code.

160. L'obligation est sans cause, lorsqu'elle est contractée sans motif, c'est-à-dire, envers un individu à qui il n'était rien dû *civilement* ou *naturellement*, à qui on ne voulait rien donner, et qui lui-même ne donnait ni ne promettait rien en dédommagement de l'obligation qu'on lui consentait.

161. L'obligation a une fausse cause lorsqu'elle repose sur un fait ou une circonstance que l'on croyait vrais, et qui n'existaient cependant pas. Par exemple, si, croyant que mon père vous devait 10,000 francs, je vous donnais en paiement un immeuble dépendant de sa succession, ce bail en paiement serait nul pour *fausse cause*, si je retrouvais la quittance que vous aviez consenti à mon père. Art. 1377 du Code civil et le tit. ff. de cond. sin. causâ.

162. L'obligation a une cause illicite, lorsque celle-ci est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public; art. 1133 du Code civil. C'est le juge qui détermine le caractère de la cause; de telle sorte que, *en général*, la décision des juges d'appel qu'une convention est contraire aux bonnes mœurs, est une décision en point de fait, qui ne donne point ouverture à cassation. Arrêt de rejet du 11 nivôse an IX.

Nous disons *en général*, parce qu'il est des cas où une décision, quoique portée en point de fait, a une telle connexité avec un point de droit, que le pourvoi en cassation serait nécessairement admissible. Ainsi, il est aujourd'hui reconnu que la Cour de cassation a le droit d'examiner les conséquences légales des faits déclarés constans par les juges du fonds. Arrêt de la Cour de cassation, rapporté par Sirey, vol. 13. 1. 68. vol. 31. 1. 385. vol. 32. 1. 210.

163. Il n'est pas nécessaire que la cause de la convention repose sur un intérêt pécuniaire : par exemple, on tient pour certain que les devoirs imposés par l'honnêteté publique et par le droit naturel, sont une cause suffisante dans une disposition et une convention. Ainsi la Cour de cassation a validé l'acte, par lequel un individu s'était obligé de fournir des alimens à son frère naturel dans le besoin. Arrêt du 22 août 1827, rap. par Sirey, vol. 27, p. 1.re pag. 152.

La Cour de cassation a même décidé par cet arrêt,

qu'un jugement qui avait reconnu, d'après les faits et les circonstances du procès, qu'une convention avait eu pour objet de remplir une obligation naturelle et que dès lors la charge imposée avait une cause suffisante, ne donnait point ouverture à cassation.

164. La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée; art. 1132 du Code civil. Par conséquent, et *à fortiori*, la cause d'une obligation est suffisamment exprimée par ces mots : *Je déclare devoir*. Arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1831, rapporté par Sirey, vol. 31, part. 1.re, p. 410.

§ VI.

La nullité des actes ou conventions se tire encore du défaut de pouvoir de l'officier ministériel qui en est l'auteur.

165. C'est un principe incontestable que le vice le plus essentiel des actes est pris du défaut de pouvoir de celui qui les a faits. *Non major est defectus, quam defectus potestatis*. D'Aguesseau, 126.e plaidoy. Avis du Conseil d'état du 4 juin 1813, approuvé le 4 juillet suivant. — Ce n'est, en effet, que par exception et par une espèce de privilége commandé par l'intérêt public, que certains individus ont reçu de la loi, exclusivement à d'autres, le droit de donner aux actes un caractère authentique. — Il est évident que ce privilége ne peut appartenir qu'au fonctionnaire revêtu de la confiance de la loi, à celui qui, par le fait de sa nomination à la place qu'il occupe, est censé avoir

donné des gages de son intelligence et de sa probité. — Il ne peut non plus appartenir au fonctionnaire, à l'officier ministériel qui dépasserait les bornes de sa compétence ou de ses attributions. Car, il est de principe qu'un excès dans la compétence, dans le mandat, ou dans les attributions équivaut à l'absence totale de compétence, de mandat, ou d'attribution. Pothier, Traité des oblig., vol. 1, part. 2, chap. 6. Arrêté du Gouvernement, du 5 fructidor an IX. Arg. de l'art. 1987 du Code civil et de l'art. 424 du Code de proc.

166. Ainsi, 1.° L'acte fait par un notaire incompétent ou hors des limites de sa résidence est nul. Art. 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

167. 2.° Il en est de même de l'exploit signifié par un huissier incompétent. Déc. du 14 juin 1813, art. 2.

168. 3.° Le défaut d'attribution de la part des juges qui ont concouru à un arrêt emporte nullité, bien que la nullité ne soit pas formellement prononcée par la loi. Arrêt de cassation, Sirey, vol. 22, part. 1re, pag. 374. *Incompetentia judicis rectè praemativis dicitur nullitas nullitatum*. Faber. Cod., lib. 3, tit. 3, definit. 4, not. 5 — Il en est de même du cas où un tribunal aurait prononcé sur des choses non demandées. Art. 480 du Code de procédure civile.

169. 4.° Une sentence arbitrale est nulle, si elle est portée après les délais fixés par le compromis, ou si elle prononce sur des choses non demandées. Art. 1028 du Code de procédure civile.

170. 5.° Enfin, la compétence ou le pouvoir d'un juge ou d'un officier ministériel tiennent tellement à l'essence des actes, que la violation des formalités prescrites par la loi emportent *nullité de plein droit*, lorsque, dans la volonté du législateur, le caractère ou le pouvoir de ce magistrat ou de cet officier ministériel sont subordonnés à l'observation de ces formalités. Arrêts de la Cour de cassation du 4 juin 1822; Sirey, vol. 22, part. 1.re, pag. 254 et 1 avril 1823. Sirey, vol. 23, part. 1.re, pag. 276.

§ VII.

La nullité d'un acte résulte quelquefois de la contravention aux lois sur l'enregistrement.

171. Lors d'un premier projet de loi sur l'enregistrement, et dans la séance tenue par le Conseil des Cinq cents, le 6 fructidor an VI, la commission proposa de déclarer nuls tous actes translatifs de propriété qui n'auraient point été enregistrés dans un certain délai; cette proposition fut rejetée, comme trop rigoureuse; et depuis, l'opinion générale a été que l'enregistrement d'un acte était étranger à sa substance, qu'il ne constituait qu'une formalité extrinsèque, dont l'omission ne rendait l'acte nul que dans les cas où la loi le déclarait formellement. Arrêt de la Cour de cassation, du 23 février 1827, rapporté par Sirey, tom. 27 part. 1re, pag. 360.

172. La loi du 22 frimaire an VII contient sur

l'enregistrement des actes, les dispositions suivantes :

Art 33. Les Notaires, qui n'auront pas fait enregistrer leurs actes dans les délais prescrits, paieront personnellement, à titre d'amende, et pour chaque contravention, une somme de cinquante francs, s'il s'agit d'un acte sujet au droit fixe, ou une somme égale au montant du droit, s'il s'agit d'un acte sujet au droit proportionnel; sans que, dans ce dernier cas, la peine puisse être au-dessous de cinquante francs — Ils seront tenus, en outre, au paiement des droits, sauf le recours contre les parties, pour ces droits seulement. (L'amende est réduite à 10 francs par la loi du 16 juin 1824.)

Art 34. La peine contre un huissier ou autre ayant pouvoir de faire des exploits ou procès verbaux, est, pour un exploit ou procès-verbal non présenté à l'enregistrement dans le délai, d'une somme de vingt-cinq francs, (l'amende est réduite à 5 francs par la loi précitée) et de plus, une somme équivalente au montant du droit de l'acte non enregistré. L'exploit ou procès-verbal non enregistré dans le delai *est déclaré nul,* et le contrevenant responsable de cette nullité envers la partie.

Ces dispositions, relativement aux exploits et procès-verbaux, ne s'étendent pas aux procès-verbaux de vente de meubles et autres objets mobiliers, ni à tout autre acte du ministère des huissiers sujet au droit proportionnel. La peine pour ceux-ci, sera d'une somme égale au montant du droit; sans qu'elle puisse être

au-dessous de cinquante francs. Le contrevenant paiera, en outre, le droit dû pour l'acte, sauf son recours contre la partie, pour ce droit seulement.

Art. 35. Les greffiers qui auront négligé de soumettre à l'enregistrement, dans le délai fixé, les actes qu'ils sont tenus de présenter à cette formalité, paieront, à titre d'amende et pour chaque contravention, une somme égale au montant du droit. — Ils acquitteront en même temps le droit, sauf leur recours, pour ce droit seulement, contre la partie.

Art. 36. Les dispositions de l'article précèdent s'appliquent également aux secrétaires des administrations centrales et municipales, pour chacun des actes qu'il leur est prescrit de faire enregistrer, s'ils ne les ont soumis à l'enregistrement dans le délai.

Art. 37. Il est, néanmoins, fait exception aux dispositions des deux articles précédents, quant aux jugemens rendus à l'audience, etc.

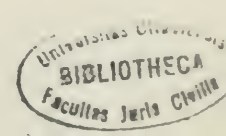
Art. 38. Les actes sous signature privée, et ceux passés en pays étranger, qui n'auront pas été enregistrés dans les délais déterminés, seront soumis au double droit d'enregistrement. — Il en sera de même pour les testamens non enregistrés dans le délai.

Art. 47. Il est défendu aux juges et arbitres de rendre aucun jugement et aux administrations centrales et municipales de prendre aucun arrêté, *en faveur des particuliers*, sur des actes non enregistrés, à peine d'être personnellement responsable des droits.

173. Il résulte de ces divers articles que, dans tous les cas, sauf pour les exploits et procès-verbaux dont parle l'art. 34, l'enregistrement n'est qu'une formalité extrinsèque dont l'inobservation rend passible d'une amende le fonctionnaire contrevenant, mais ne saurait être une cause de nullité : encore, l'article 34 qui déclare nuls les procès-verbaux et exploits non enregistrés dans le délai, doit-il être combiné avec l'article 47 qui ne défend de rendre des jugemens sur des actes non enregistrés, que lorsque ces jugemens seraient rendus en faveur des particuliers.

Or, il semble résulter de la combinaison de ces deux articles, que la nullité attachée par la loi à l'absence de la formalité extrinsèque de l'enregistrement, n'est introduite que dans l'intérêt du fisc; et qu'elle ne peut profiter, en aucun cas, aux particuliers pour repousser la foi due, en justice, aux actes des officiers de police judiciaire. Arrêt de la Cour de cassation, du 16 janvier 1824, rapporté par Sirey, tom. 24, part. 1 pag. 230. — Cette conséquence n'est cependant point exacte, et l'arrêt que nous venons de citer n'est point suivi dans la pratique.

274. Le défaut d'enregistrement d'un acte notarié n'étant pas une cause de nullité, il nous sera facile de résoudre la question de savoir, si l'enregistrement, quoique fait après le délai fixé par la loi, donne effet rétroactif quant à l'hypothèque, au jour de l'acte, ou bien, si l'hypothèque



ne prend sa date que du jour de l'enregistrement.

Il nous paraît certain que l'enregistrement n'est rien pour la validité de l'inscription d'hypothèque; le défaut d'enregistrement, nous l'avons prouvé, n'est pas une cause de nullité; il est étranger à la substance de l'acte, et celui-ci, quoique non enregistré, n'en est pas moins authentique, et ne fait pas moins foi de sa date et de son contenu.

Il est, dès-lors, étranger à la substance de l'hypothèque et de l'inscription qui donne à cette dernière sa date et sa force. Outre que cette décision est la conséquence des dispositions de la loi de frimaire, elle s'évince plus spécialement encore des articles 2127 et 2134 du Code civil. L'art. 2127 dit, en effet, que pour la validité de l'hypothèque, il suffit qu'elle ait été consentie par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins, et l'art. 2134 dispose qu'entre les créanciers, l'hypothèque, soit légale, soit conventionnelle, soit judiciaire, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les registres du Conservateur, dans sa forme et de la manière prévue par la loi.

Sur quel motif plausible pourrait-on faire reposer l'opinion contraire? Ce n'est certes pas sur la loi; puisque nous venons de voir que la loi de frimaire ne punit, que d'une amende, le notaire qui néglige de faire enregistrer un acte dans le délai de rigueur.

Croirait-on pouvoir argumenter de ce que, d'après

l'édit de 1693 et autres réglemens postérieurs, les particuliers ne pouvaient acquérir aucun privilége ni hypothèque, en vertu d'actes non contrôlés? (Grenier, Traité des hypothèques, t. 1er pag. 29). Mais ce serait évidemment mal-à-propos, car, outre que ces réglemens n'ont pas force de loi, ils sont inconciliables avec les articles de loi précités.

Le seul argument qui mérite une réponse, c'est celui que fait M. Grenier, loc. cit. : sans l'enregistrement, un acte, quoique passé devant notaire, ne peut avoir une date certaine; la fixité de cette date est le but de la loi du 22 frimaire an VII. Or, un acte qui n'est pas enregistré n'est pas authentique, n'a pas de date fixe, et ne peut dès lors, à ce double titre, conférer hypothèque. L'authenticité se compose de la passassion de l'acte par un notaire qui la commence, et de l'enregistrement (quand il ne se fait qu'après le délai) qui la rend complète : l'authenticité est suspendue pendant tout le temps intermédiaire.

Cette argumentation pouvait être fondée sous l'empire de la loi du 5 décembre 1790 sur l'enregistrement, dans laquelle on trouvait les dispositions suivantes.

Art. 2. Les actes des notaires et les exploits des huissiers seront assujettis, dans toute l'étendue du royaume, à un enregistrement, *pour assurer leur existence et constater leur date.*

Art. 9. A défaut d'enregistrement dans les délais fixés par l'article précédent, un acte passé par-devant notaire ne pourra valoir que comme acte sous seing-privé...... Cependant, l'acte ayant reçu la formalité omise, acquerra la fixité de la date et l'hypothèque, à compter du jour de l'enregistrement.

Mais aujourd'hui, on ne peut plus raisonner de la même manière. Les dispositions de la loi de 1790 ne se retrouvent pas dans la loi de frimaire an VII, et au contraire, celle-ci abroge formellement la première. On lit en effet dans l'article 73 « toutes les lois rendues « sur les droits d'enregistrement, et toutes dispositions « de lois y relatives, sont et demeurent abrogées pour « l'avenir. » Une pareille disposition se retrouve dans un avis du Conseil-d'état du 26 mars 1808, approuvé le 1.er avril.

175. On a encore demandé si par suite des lois sur l'enregistrement et dans l'intérêt du fisc les contre-lettres étaient nulles, pour n'avoir pas été enregistrées le même jour que l'acte qu'elles ont pour objet de modifier.

Sous l'empire de la loi de frimaire la question n'était pas douteuse, l'art. 40 s'exprimait en ces termes. « Toute contre-lettre faite sous seing-privé qui aurait pour objet une augmentation de prix stipulé dans un acte public, ou dans un sous seing-privé précédemment enregistré, est déclarée nulle et de nul effet. » Aussi, à cet égard, la jurisprudence

de la Cour de cassation était constante; voir Arrêt du 13 fructidor an XI.

176. Sous le Code civil, il en est autrement. Elles doivent avoir leur effet entre les parties contractantes ; elles ne sont nulles que par rapport aux tiers : c'est la conséquence de l'art. 1321 ; cela résulte d'ailleurs, des explications qui eurent lieu sur cet article, dans la séance du Conseil-d'État, le 2 frimaire an XII.

Le citoyen Duchatel, demanda qu'on proscrivît, d'une manière absolue, l'usage des contre-lettres, qui tendent à déguiser les conventions. Il en résulte, dit-il, des fraudes, souvent contre les particuliers et toujours contre le trésor public.

Le citoyen Bigot Préameneu, dit que les contre-lettres ne doivent être annulées que lorsqu'elles sont frauduleuses : et le citoyen Bertier fait observer que la proposition du citoyen Duchatel, lui paraît dans ses généralités propre à produire un mal plus grand que celui qu'on a voulu éviter.....

Le citoyen Cambacérès fait remarquer qu'il existe déjà une disposition législative contre l'usage des contre-lettres . mais elle ne lui semble pas juste. Ces actes doivent avoir tout leur effet entre les parties; il suffit pour en prévenir l'abus de les soumettre au droit d'enregistrement, lorsqu'ils sont produits.

Le citoyen Tronchet dit qu'il faut, en effet, distin-

gner : une contre-lettre doit être valable entre les parties , et nulle contre les tiers , or , la régie de l'enregistrement est un tiers par rapport à l'acte.

Le citoyen Defermon, dit qu'il serait contre tous les principes, d'annuler indistinctement les contre-lettres. L'intérêt du fisc serait bien mieux assuré, si lorsqu'elles sont produites , la peine de l'amende était infligée aux parties. pour ne pas les avoir fait enregistrer.

Le citoyen Duchatel fit observer avec raison, que plus la peine serait forte , et plus on s'appliquerait à dérober à la régie la connaissance de l'acte.

La proposition du citoyen Duchatel , fut renvoyée à la section qui a paru n'y avoir aucun égard puisqu'elle a rédigé l'art. 1321 tel qu'il est dans le Code.

Enfin ce qui ne laisse aucun doute sur la pensée du législateur , c'est que par l'art. 1396 du même Code il annule les contre-lettres qui ont pour objet d'apporter quelque changement aux conventions matrimoniales. Il est évident que cette disposition aurait été inutile sous l'empire de la loi de frimaire , qui annulait indistinctement toutes les contre-lettres. Si donc le législateur a cru devoir porter cette disposition , ce n'est que , parce que dans sa pensée les contre-lettres devaient en général produire leur entier effet, entre les parties contractantes. Voir Delvincourt vol 2 , page 187 , not. 15. Toulier t. 8 n. 182. Arrêt de la Cour de cassation, du 10 janvier 1819, Sirey t. 19 part. 1re , pag. 151.

L'espèce de la question jugée, par cet arrêt, est remarquable, car la Cour a décidé, que l'art. 1321 du Code civil portant en termes exprès que les contre-lettres doivent avoir leur effet entre les parties contractantes, s'appliquait même, à celles qui ont pour but d'augmenter, au préjudice du fisc, le prix stipulé dans un acte public, et que l'art. 40 de la loi de frimaire an VII, qui déclarait la contre-lettre nulle, était virtuellement abrogé par l'art. 1321.

M. Merlin en son répertoire de jurisprudence a néanmoins adopté l'opinion contraire; et, comme son opinion a cela de particulier, qu'il la discutée dans sa seconde édition qui n'a paru que long-tems après les arrêts de la Cour de cassation : il ne sera pas inutile de parcourir les raisons sur lesquelles il se fonde. Question de droit v. contre-lettres § III.

177. Les actes sujets au timbre et qui n'ont point été timbrés, sont ils nuls?

L'affirmative vivement soutenue dans l'assemblée constituante fut solennellement rejetée, lors de la discussion du décret du 29 septembre 1791, servant d'addition aux lois sur le timbre et l'enregistrement. Cette décision a été, depuis, consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 13 fructidor an X, rendu sur les conclusions de M. Merlin.

178. Telles sont les causes principales de la nullité

des actes et conventions ; lorsque ceux-ci sont viciés pour une des causes ci-dessus, ils sont nuls par la volonté de la loi. La partie qui a intérêt et qualité pour se prévaloir de la nullité, dont ils sont infectés, n'a autre chose à faire, qu'à prouver que la nullité existe, le juge ne peut se dispenser de la prononcer.

Passons à l'examen des causes particulières de la rescision des conventions.

Section seconde.

Des causes de rescision.

179. Les causes de la rescision des conventions, passées entre majeurs, différant de l'action en rescision pour cause de lésion que la loi accorde aux mineurs, nous avons divisé la présente section en deux Paragraphes : le premier aura pour objet, l'examen des causes de rescision en général, et dans le second nous nous occuperons de la rescision, établie en faveur des mineurs.

Paragraphe premier.

Des causes générales de la rescision des conventions.

180. Les causes de la rescision des conventions, sont : 1.° l'erreur, 2.° la violence, 3.° le dol, 4.° enfin la lésion. — Nous allons nous occuper de ces diverses causes, dans autant d'articles particuliers.

ARTICLE PREMIER.

De l'Erreur.

176. L'erreur est un vice radical dans les conventions, il détruit le consentement dans son principe.

Celui qui se trompe ne fait pas ce qu'il veut, et fait ce qu'il ne veut pas; en un mot, il ne donne pas un consentement valable. Art. 1109 du Code civil. *Non videntur qui errant consentire*. Leg. 116 ff. de reg. juris.

180. En général, on distingue *l'erreur essentielle* et *l'erreur accidentelle*.

L'erreur essentielle est celle qui se rapporte à une chose nécessaire a la convention, ou par elle-même, ou d'après l'intention des contractans. Lorsqu'elle a existé, elle vicie le consentement.

L'erreur accidentelle est celle qui se rapporte à une chose ou à un fait qui n'ont aucune liaison nécessaire avec la convention. — Elle n'est point une cause de la rescision des conventions.

181. S'il y a doute sur le seul fait de savoir si l'erreur était essentielle ou seulement accidentelle, la convention doit être maintenue; car, il est de principe que, dans le doute, l'erreur doit retomber sur celui qui se trompe; toute personne qui contracte, étant raisonnablement censée connaître ce qu'elle fait, ou tout au moins, étant inexcusable de n'avoir pas pris les renseignemens nécessaires.

182. On distingue plus spécialement : 1.° l'erreur sur la chose même qui fait l'objet de la convention; 2.° l'erreur sur la personne; 3.° l'erreur sur le motif; et 4.° l'erreur de droit.

183. L'erreur qui tombe sur la chose même qui fait l'objet de la convention est une cause de nullité. Une

pareille erreur détruit jusqu'à l'apparence de la convention; il n'y a pas eu seulement erreur, il y a eu absence de consentement, les parties ne s'entendant pas sur la chose, il n'y avait pas *consensus in idem placitum*, il ne peut y avoir lieu en ce cas, à l'action en rescision; on n'a pas besoin de rescinder ce qui n'a jamais existé.

Par exemple, j'entends vous vendre ma métairie de Saint-Martial, et vous croyez acheter mon domaine de Cabarieu; il n'y a pas vente, puisque nous ne nous entendons pas sur l'objet de la convention. Suprà n.° 33.

183. Si l'erreur ne tombe que sur *les qualités* de la chose, elle n'est pas une cause de nullité, parce qu'elle n'empêche pas la convention de se former. — Mais est-elle une juste cause de rescision?

Oui, si ces qualités sont essentielles, c'est-à-dire, si par leur nature ou par un motif quelconque, elles peuvent être considérées comme ayant déterminé la volonté des parties contractantes.

Par exemple, j'achète un vase d'argent doré, le croyant en or et le payant pour tel : il est évident que, bien qu'il n'y ait point eu erreur sur la chose même, puisque je l'ai eue sous les yeux, et que c'est bien celle que j'ai voulu acheter, je pourrai néanmoins faire rescinder la vente; en effet, ce qui m'avait déterminé, c'était la matière de la chose que j'achetais: et, il n'est pas douteux que si j'avais pensé que le vase fût en argent, je ne l'aurais pas acheté, ou

tout au moins, je ne l'aurais pas payé aussi cher.

Non, si ces qualités ne sont qu'accidentelles, c'est-à-dire, si elles n'ont point une liaison nécessaire et absolue avec la convention, et qu'il n'y ait pas de raison de croire qu'elles aient déterminé la volonté des parties. Par exemple, si le vase que je vous ai acheté était bien en or véritable, mais d'une qualité inférieure à celle que je croyais acheter; en pareil cas, il n'est pas présumable que la qualité de l'or ait déterminé ma volonté. Leg. aliter ff. de contract. empt.

185. Au reste, en pareille matière, les juges doivent rechercher et suivre l'intention des contractans; il arrive souvent que telle qualité de la chose qui paraît essentielle, n'a cependant pas déterminé la volonté, et que telle autre qui, par elle-même, paraît ne se rattacher que d'une manière très-indirecte à la convention, en a été cependant la cause déterminante. Dans ces circonstances, l'intention des parties, lorsqu'elle est manifeste, est l'unique guide que les juges doivent suivre pour se décider à rescinder le contrat ou à le maintenir.

186. *L'erreur sur la personne* est une cause de rescision, lorsque la considération de cette personne est la cause principale de la convention. C'est alors une erreur essentielle (Art. 1110 du Code civil).

Par exemple, si je commande un tableau à un mauvais peintre que je confonds avec un peintre fameux dont il porte le nom: si je prouve que je

croyais traiter avec ce dernier, il sera certain que la considération du talent de l'artiste m'ayant seule déterminé à traiter, le contrat doit être rescindé. Si donc, j'ai promis la somme de 10,000 francs au peintre médiocre, pour prix du travail dont je le chargeaispar erreur, je ne serai point dans l'obligation de la lui payer. Toutefois, je dois à cet artiste une indemnité proportionnée à son travail, aux frais qu'il a faits, car il ne peut pas être victime de mon erreur et de la négligence que j'ai mis à prendre des informations (Art. 1382 du Code civil). Ce ne serait que dans le cas où il se serait aperçu de mon erreur avant de faire aucune dépense, ni de se livrer à aucun travail, que je ne lui devrais aucun dédommagement : sa réticence serait frauduleuse, et dès-lors il serait non recevable à se plaindre d'un tort auquel il s'est volontairement exposé.

187. Dans les contrats à titre gratuit la considération de la personne à qui l'on donne, est la cause déterminante de la volonté, car on ne donne que par devoir ou par affection, et ces deux sentimens ne s'appliquent pas indistinctement à tout le monde.

188. Dans les contrats de mariage, la considération de la personne est aussi la cause déterminante de la volonté des contractans ; dans de pareils contrats il y a le plus généralement, un sentiment de préférence ou de convenance pour la personne qu'on épouse. Si donc il y a eu erreur sur la personne, on peut demander à faire rescinder le contrat. Mais remarquez que

cette action doit être intentée presque instantanément ; la moindre cohabitation, le moindre retard, produisent une ratification réclamée par la morale et l'ordre public. — Une action basée sur une pareille cause doit être admise avec la plus grande précaution, et lorsque l'erreur est manifeste, le plus léger doute doit se résoudre en faveur de l'indissolubilité du mariage.

189. Dans les transactions on présume généralement, que la considération de la personne a déterminé la volonté ; c'est la conséquence de l'article 2053 du Code civil, qui dispose qu'une transaction peut être annulée lorsqu'il y a erreur dans la personne ; la raison en est que celui qui transige, parce qu'il ne veut pas soutenir un procès contre une personne, n'aurait fait peut-être aucune concession si le différent s'était élevé avec une autre.

190. Lorsqu'il n'est pas certain que la considération de la personne a déterminé le consentement, l'erreur n'est point une cause de rescision. (Art. 1110 C. c..) —Une pareille erreur est sans importance : on en trouve un exemple dans le cas où ayant donné l'ordre d'acheter des bijoux chez un orfèvre de ma connaissance, mon commissionnaire les achète chez un autre qu'il préfère ; si ces bijoux me sont remis et que je les agrée, le marché doit tenir.

191. L'erreur sur les qualités *accidentelles* de la personne n'est pas une cause de rescision; ainsi, par

exemple, on ne serait pas reçu à demander la rescision d'un mariage par le motif qu'on aurait cru mal à propos, que l'époux auquel on s'était uni, était préfet, receveur-général, etc. etc. Et généralement l'erreur dans la personne nous paraît n'être qu'accidentelle, quand elle porte uniquement sur ses qualités sociales. — Si quelquefois de pareilles méprises ont été la cause de la rescision d'un mariage, ce n'a été qu'a raison des manœuvres frauduleuses employées par une partie à l'égard de celle qui est tombée dans l'erreur; manœuvres sans lesquelles il est certain que le mariage n'aurait pas été contracté. (Art. 1116 C. c.) Cela a eu lieu, par exemple, dans l'espèce d'un arrêt de la Cour royale de Bourges, du 6 août 1827, rapporté par Sirey, tom. 28, part. 2, pag. 40.

192. L'*erreur sur le motif* est aussi une juste cause de rescision des conventions, lorsqu'il a été déterminant. Si l'obligation est l'effet de ma volonté, celle-ci n'est elle même que l'effet du motif qui m'a déterminé : le consentement, en ce cas, n'est pas donné d'une manière absolue, mais conditionnelle ; si le motif qui m'a déterminé n'existe pas, la condition n'est pas remplie, et je suis fondé à dire que je n'ai point consenti et que, dès-lors, je ne suis point obligé.

193. Celui qui veut faire dépendre son engagement de la réalité d'un motif inconnu, doit avoir la précaution de le faire connaître, au moins d'une manière explicite. — Cela est d'autant plus nécessaire, que très

souvent le motif déterminant se trouve accompagné de motifs accessoires, qui contribuent aussi à produire la volonté, et qui cependant ne sont pas suffisans pour que l'erreur, qui se rapporte à eux, puisse justifier la rescision d'une convention. Dans le doute, le motif est toujours présumé n'être qu'accessoire : tant pis pour celui qui ayant un motif déterminant ne l'a point fait connaître ; l'erreur doit retomber sur lui, *semper error nocet erranti*. Suprà n° 181.

194. L'énonciation du motif déterminant, n'est cependant pas nécessaire lorsqu'il est de nature à n'avoir pu être ignoré des parties ; il est inutile, dans ce cas, d'en faire une condition expresse. « Il y a, dit M. Toullier, « vol. 6, pag. 49, des conditions tacites qui sont in- « hérentes aux conventions, *quæ insunt*, qui en font « nécessairement partie quoiqu'elles n'y soient qu'im- « plicitement comprises. — Ces conditions implicites « n'ont pas moins de force que les conditions expresses; « ce sont celles sans lesquelles on ne peut concevoir « l'exécution de la promesse qui a été faite, ou la pres- « tation de la chose promise. *Conditio per se inesse* « *dicitur promissioni, vel pacto, si sine eâ, præstatio* « *ejus quod promissum vel de quo conventum est concipi* « *nequit.* »

195. Le Code civil renferme plusieurs dispositions qui suffiraient pour faire connaître ce qu'on doit entendre par le motif déterminant d'une convention, voir notamment les art. 1974, 1975, 2055, 2056, 2057

du Code civil. Et si les juges ont à le rechercher, il est bien rare qu'ils ne le découvrent pas dans l'objet de la promesse, et dans les circonstances qui l'ont précédée ou accompagnée.

196 Les conventions sont aussi rescindables pour cause d'*erreur de droit*. — En général, l'ignorance ou l'erreur en matière de lois et de devoirs, passe pour volontaire et n'empêche pas l'imputation des actions et des omissions qui en sont la suite. — Chacun, en effet, est censé connaître le droit; cette présomption est d'ordre public; et rien ne nuirait à l'exécution et à l'autorité des lois, comme la facilité qui serait donnée à un individu de prétendre qu'il ignorait telle ou telle disposition. — C'est ainsi qu'on a dit : *ignorantia juris neminem excusat*.

197. Cependant il n'est pas douteux que si l'erreur de droit dont une partie entend se prévaloir pour faire rescinder l'engagement qu'elle a consenti, reposait sur l'ignorance ou était cette partie de quelque disposition de la loi, cette erreur serait une juste cause de rescision, si elle avait été le motif déterminant de la convention.

Nous avons dit qu'une convention ne pouvait exister s'il y avait eu erreur *dans le motif déterminant*, et nous en avons donné pour cause que, dans ce cas, le consentement n'avait été donné que sous une condition qui ne se réalisait pas; or, il est évident que cette raison s'applique à tous les cas où il y a eu erreur sur

le motif déterminant, et qu'il n'y a pas lieu, dès-lors, à distinguer si l'erreur était une erreur de fait ou non erreur de droit; dans l'un et l'autre cas, je n'ai donné mon consentement que parce que je croyais vrai ce qui ne l'était pas; et il est certain que si la disposition du droit qui m'avait déterminé à abandonner ma chose n'existait pas, j'ai été induit en erreur. Mon engagement doit donc être rescindé; on ne peut le maintenir, ni comme contrat à titre onéreux, puisque je n'ai rien reçu en considération de ce que j'ai abandonné, ni comme contrat à titre gratuit puisque je n'avais pas l'intention de donner, et que je n'ai fait un abandon que dans l'idée que je m'étais formée, par erreur, que la loi m'y obligeait.

Que pourrait opposer à ma réclamation, la partie qui aurait profité de mon erreur? ne serait-elle pas forcée de convenir que je ne lui devais rien, et qu'elle n'avait aucun droit à l'abandon que je lui ai consenti? comment échapperait-elle à l'application du principe d'équité, qui lui défend de s'enrichir à mon préjudice, *nemo debet completari detrimento alterius*?

Dira-t-elle que je n'ai pu consentir par erreur de droit, attendu que cette erreur n'est jamais présumée, *nemo jus ignorare censetur*? ce serait tirer de cet adage une conséquence forcée, car en disant qu'on ne présume pas l'erreur de droit, il ne signifie pas qu'on ne puisse errer dans le droit; il ne signifie pas surtout que celui-là qui ne s'est obligé que par suite d'une

erreur de ce genre soit valablement obligé; il n'a pas pour objet d'ériger en loi la spoliation de celui qui se trompe, au profit de l'homme de mauvaise foi qui veut s'approprier une chose à laquelle il n'avait aucun droit. L'équité, cette règle souveraine des conventions, ne permet pas de doute à cet égard, elle ne veut pas que celui-là qui se trompe, soit lié par son consentement. La jurisprudence et la loi ne le veulent pas non plus: nous allons le prouver.

198. Dans le droit romain l'erreur de droit comme l'erreur de fait, était une cause de restitution. Il y avait néanmoins quelque différence; on distinguait celui qui alléguait l'erreur de droit pour acquérir, et celui qui l'alléguait pour ne pas perdre, et voici ce que décidait dans les deux hypothèses, le jurisconsulte Papinien, dans la loi 8 ff. de juris et facti ignorantiâ. « L'erreur de fait ne nuit pas même aux individus du « sexe masculin, dès qu'elle peut leur faire perdre ce « qui leur appartient; mais l'erreur de droit ne profite « pas même au sexe féminin, quand il s'agit de gain; « au reste l'erreur de droit ne peut faire perdre à « personne sa propriété. » *Error facti ne maribus quidem in damnis, vel compendiis obest. Juris autem error nec fœminis in compendiis prodest. Cæterum omnibus juris error, in damnis amittendæ rei suæ non nocet.* Voir en outre les lois 7 et 13 Cod. tit.

199. Cette distinction fut suivie par la plupart des interprètes de l'ancien droit; et nous avons été à même

de remarquer qu'elle fournit le moyen de concilier plusieurs lois Romaines qui paraissent être opposées les unes aux autres. Nous avons vérifié, en effet, que les unes s'appliquaient à l'erreur alléguée, *pro lucro captando*, et les autres à l'erreur dont on voulait se prévaloir *pro damno vitando*.

Une pareille distinction n'était point raisonnable : pourquoi, en effet, distinguer si l'erreur dans laquelle je suis tombé m'a fait perdre une partie de ma fortune, ou si elle m'a empêché de l'augmenter. De deux choses l'une : *ou j'ai consenti en connaissance de cause et sans erreur*, et alors je dois être lié par l'engagement que j'ai pris ; ou bien, *je me suis trompé, je me suis déterminé par un motif démontré faux*, et alors, mon consentement n'étant point valable, il serait injuste de m'en faire subir les conséquences.

Aussi doit-on reconnaître que plusieurs Jurisconsultes, notamment Vinnius, s'attachèrent à faire ressortir l'injustice et la frivolité de la distinction faite par les lois Romaines ; ils s'efforcèrent de justifier que, dans tous les cas où l'erreur de droit aurait été le motif déterminant de la convention, elle viciait le consentement dans son principe, et devait être une cause de la rescision des conventions. — Pothier, Traité de la procédure civile, part. 5, chap. 4 ; Domat, Traité des lois civiles, liv. 1.er, tit. 18, n.° 14 ; d'Aguesseau, Dissertation sur l'erreur de droit, t. 5 de ses œuvres.

Ce dernier s'exprime en ces termes : « Pour soutenir

que l'on peut être obligé nonobstant une *erreur déterminante*, il faudrait soutenir qu'une obligation sans cause ou fondée sur une fausse cause, injuste et illégitime pourra être valable, que ce qui est nul pourra produire des effets, que le droit n'a pas pu établir un remède favorable auquel il a donné le nom de *conditio sine causâ* ou de *conditio indebiti*, et convertissant ainsi, toutes obligations sans cause en donations forcées, on fera passer tous les contractans qui errent dans le droit pour de véritables donateurs.

Denizart en son dictionnaire, v° *erreur*, indique une raison de plus de décider : il pense que toute erreur de droit engendre une erreur de fait. Par exemple, dit-il, croire que Pierre est unique héritier d'André son frère, tandis qu'il ne l'est point; c'est une erreur de fait qui peut provenir de ce qu'on ignore que dans la coutume où les biens d'André sont situés, la représentation à lieu en ligne collatérale, au profit de plusieurs neveux du défunt. — Il en conclut que lorsqu'une pareille erreur a été la cause d'une convention, cette convention est vicieuse.

200. Le Code confirme l'opinion des auteurs que nous venons de citer ; en effet, nous lisons dans l'art. 1109 du Code civil, qu'il n'y a point de consentement valable s'il n'a été donné que par erreur. — Le législateur n'a pas distingué l'erreur de droit, de l'erreur de fait La raison et l'équité exigeaient qu'on les comprît dans une même disposition et qu'on leur donnât

le même effet, celui de faire rescinder une convention.

Le législateur l'a si bien entendu ainsi, que prévoyant combien, dans certains cas, il serait impossible de dire que l'erreur de droit avait été le motif déterminant de la convention ou de l'engagement, il a établi des exceptions à la règle générale écrite dans l'art. 1199. Ces exceptions ayant pour objet de fortifier la règle, nous devons les rappeler à l'esprit de nos lecteurs.

201 *La première* a lieu pour le cas où un aveu ayant été fait par une partie, celle-ci voudrait le faire révoquer pour cause d'erreur de droit; elle ne le peut pas, art. 1356, Code civil. On conçoit en effet qu'en avouant une obligation, dont on est tenu naturellement, mais dont on serait dispensé par la loi civile, on est censé avoir voulu renoncer au bénéfice de cette loi. Ainsi vous me poursuivez pour le paiement d'une somme de 10,000 fr.; j'avoue en justice que je vous dois cette somme et je suis condamné à vous la payer; je ne pourrai plus faire révoquer mon aveu, en disant que cette somme vous était due depuis plus de 30 ans, qu'ainsi, lorsque je l'ai avouée, elle était éteinte par la prescription, que je ne l'ai reconnue que parceque j'ignorais que votre inaction pendant un si long laps de tems pût me libérer. Remarquez d'ailleurs qu'en pareil cas il est bien difficile que je puisse prouver que l'erreur de droit soit le motif déterminant de mon aveu. En reconnaissant une dette qui n'était point légalement prouvée

ou qui était prescrite, j'ai pu vouloir m'obliger civilement à acquitter une obligation dont j'étais naturellement tenue et dont l'observation m'était commandée par la conscience; or, ce motif ayant pu me déterminer à faire l'aveu que j'ai fait, on ne doit pas en supposer d'autre qui serait moins honorable pour moi, on ne doit pas m'admettre à faire en quelque sorte l'aveu de ma propre turpitude. *Nemo auditur turpitudinem allegans.*

202. *La seconde exception* a eu lieu dans le cas de la transaction. Suivant l'art. 2052 du Code civil, ce genre de contrat ne peut être rescindé pour cause d'erreur de droit. On en conçoit le motif: la transaction est un contrat par lequel les parties terminent un procès qu'elles ont ensemble ou préviennent celui qui pourrait s'élever entr'elles. (Art. 2044 Code civil). Elles font un arrangement que chacune d'elles préfère, à la chance de gagner jointe au péril de perdre: *qui transigit, quasi de re dubiâ et lite incertâ neque finita transigit*, leg 1. ff. de transact. — Ce contrat a quelque chose d'aléatoire, qui ne permet pas de supposer que les parties aient pu prévoir le sort de leur contestation et qu'elles aient connu le véritable sens de la loi qui devait les juger. Dans un pareil contrat, le seul motif que l'on peut présumer avoir déterminé les parties contractantes, c'est celui exprimé dans l'art. 2044; c'est-à-dire le *désir de terminer un procès qu'elles avaient ensemble, ou qui pouvait s'élever entr'elles.*

203. Mais comment concilier cette disposition de

l'art. 2052 qui ne veut pas que la transaction puisse être rescindée pour cause d'erreur de droit, avec la disposition portée par l'art. 2054. Suivant laquelle il y a lieu à l'action en rescision contre une transaction, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément transigé sur la nullité? Nous traiterons cette question infra art. 2, sect. 2, au chap. de la ratification.

204. Le code n'a point fait d'autres exceptions à la règle: que l'erreur de droit, comme l'erreur de fait, est une cause de rescision des conventions, lorsqu'elle a été la cause déterminante de la volonté; mais, elles suffisent pour fortifier la règle. On conçoit en effet, qu'il eût été bien inutile de faire des exceptions pour les deux cas ci-dessus, si, en principe, l'erreur de droit n'eût été une juste cause de rescision. — Aussi, aujourd'hui cette question n'est-elle plus douteuse. Voir Favard de Langlade, en son répertoire, v.° erreur n.° 3, pag. 440.

205. Quelques Jurisconsultes, notamment Voët, dans ses Pandectes, liv. 12, tit. 6, n.° 7, et Pothier, Traité de l'action *condictio indebiti*, avaient voulu faire admettre une troisième exception, pour le cas où un individu aurait payé, *par erreur de droit*, une somme qu'il ne devait pas; ils auraient voulu que, dans ce cas, l'erreur ne donnât pas lieu à la répétition de ce qui aurait été indument payé. Mais cette opinion est inconciliable avec les dispositions de l'art. 1377 du

Code civil qui établit la règle générale que « lorsqu'une personne qui, *par erreur*, se croyait débitrice a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier, et ce n'est pas sans étonnement que nous avons vu l'opinion de ces jurisconsultes confirmée par un arrêt de la Cour royale de Paris, du 25 janvier 1823. Aussi, sur le pourvoi, cet arrêt a-t-il été cassé par la Cour suprême, par arrêt du 24 janvier 1827, rapporté par Sirey, vol. 27, part. 1., pag. 350. Voici les termes de ce dernier arrêt :

Vu les art. 1235 et 1377 du Code civil ; attendu que ces articles posent en principe général que celui qui, *par erreur*, se croyant débiteur, a payé en son nom ce qu'il ne devait pas est fondé à répéter du créancier ce qu'il a ainsi payé, que ce principe est établi sans distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit, et qu'il n'est pas permis de distinguer là où la loi ne distingue pas.

« Que si la seconde partie de l'art. 1235 et les art. 1356 et 2052 du même Code, établissent des exceptions tant pour le cas de l'obligation naturelle volontairement acquittée, à l'égard de laquelle il n'y a pas lieu à répétition, que pour ceux de l'aveu judiciaire, et de la transaction dont l'un ne peut être révoqué et dont l'autre ne peut être attaqué pour cause d'erreur de droit, ces exceptions confirment la règle générale pour les cas non exceptés. — Il suit de là que, dans l'espèce, en infirmant le jugement du tribunal de la

Seine, au chef qui avait ordonné la restitution de 5,000 fr. montant des deux billets dont s'agit, et en motivant cette infirmation sur ce que le majeur ne peut se faire restituer contre l'erreur de droit, la Cour royale de Paris a violé les art. 1235 et 1377 précités, casse etc. etc.

206. Il nous reste à faire observer que l'erreur de droit n'étant une cause de rescision d'une convention, que parce qu'elle produit cet effet que la convention se trouve sur fausse cause, il en résulte que la partie intéressée doit montrer que son erreur a été le motif déterminant de sa volonté; en d'autres termes, qu'elle prouve que si elle a consenti, ce n'a été que parce qu'elle supposait vrai un point de droit qui ne l'était cependant pas. — Si bien, que si à l'erreur de droit se trouvaient mêlés d'autres motifs qui eussent pu déterminer sa volonté, cette erreur ne serait pas présumable et l'existence de ces divers motifs particuliers donnant une cause légitime à l'engagement, et fesant par cela même douter s'il y avait eu réellement erreur de droit, la partie qui voudrait se prévaloir de cette erreur, devrait être déclarée non recevable. Par exemple, Pierre qui est mon parent meurt: je suis appelé par la loi à lui succéder, cependant, dans la confiance que j'ai qu'Antoine est parent de Pierre au même degré, je l'admets au partage de la succession. Bientôt, éclairé sur mon erreur, je demande la rescision du partage auquel j'ai consenti par erreur de droit, nul doute

que ma demande ne doive être accueillie, puisque je n'avais donné mon consentement que par erreur et que je ne puis avoir consenti que par ce motif à reconnaître à Antoine des droits qu'il n'avait pas.

Supposons, au contraire, que Théodore me doit une somme de 1,000 fr. depuis plus de 30 ans. Je poursuis contre lui l'exécution de mon titre ; il ne m'oppose pas la prescription et me paie ; pourra-t-il se faire restituer contre ce paiement, sous prétexte que s'il m'a payé, ce n'a été que par erreur et parce que il ignorait la prescription de l'action? Non sans doute, car si Théodore a pu me payer, dans l'ignorance où il était de la prescription de son engagement, il a pu aussi me payer par respect pour les convenances, parce que, bien que l'action civile fût éteinte, il n'était pas moins tenu naturellement de l'obligation prescrite, et l'on doit alors supposer que c'est pour satisfaire à cette obligation que Théodore m'a payé; c'est sur ce fondement que le législateur, après avoir dit dans l'art. 1235 du Code civil, que ce qui a été payé sans être dû était sujet à répétition, ajoute: « La répétition n'est pas « admise à l'égard des obligations naturelles qui ont « été volontairement acquittées. »

207. Le législateur en consacrant le principe qu'il n'y a point de consentement valable, s'il a été donné par erreur, a laissé aux juges le droit de décider dans quel cas une partie qui prétend s'être trompée, peut être admise à prouver son erreur, il lui a également

laissé le droit d'examiner cette preuve, de s'en contenter, ou de la déclarer insuffisante. — Le juge n'a qu'à se pénétrer de l'importance d'un pareil pouvoir, il n'a qu'à consulter sa conscience. Nous nous permettrons seulement de lui faire remarquer qu'il ne doit point admettre les anciennes distinctions, dont la subtilité de quelque ancien docteur avait fait des règles fausses et inapplicables. Ainsi notamment il ne doit pas aujourd'hui maintenir une distinction dont on abusait dans la pratique, et que l'on fesait entre l'*erreur vincible,* et l'*erreur invincible*; la première était celle qui reposait sur une ignorance, dans laquelle on se trouvait par sa faute ou par sa négligence et dont on se serait garanti, si l'on eût pris tous les soins dont on était capable.— La deuxième était celle dont on n'aurait pas pu se garantir avec toute l'attention possible.

Il faut en dire de même de la distinction entre l'erreur qui se rapporte à un fait qui nous est personnel, et l'erreur qui se rapporte à un fait qui ne nous est pas propre.

208. Ces distinctions n'ont aucune autorité par elles mêmes. Elles peuvent tout au plus servir à guider les magistrats dans la recherche et le caractère de l'erreur; en d'autres termes, elles sont toutes de fait, et n'ont aucune force en droit.

ARTICLE SECOND.

De la violence et de la crainte.

209. La liberté est de l'essence du consentement;

céder à la force, est un acte de nécessité, et non un acte de volonté; si je vous promets une somme de 10,000 fr., par suite de la violence que vous exercez à mon égard, c'est comme si je ne promettais pas, car une pareille promesse n'émane point de ma volonté mais bien de la vôtre; je suis en quelque sorte un instrument purement passif et le consentement que j'ai donné ne peut pas plus m'y être attribué, qu'on ne peut attribuer le délit à l'épée dont on s'est servi pour frapper quelqu'un.

210. Les législateurs romains étaient tellement ennemis de la violence exercée dans les conventions qu'ils en étaient presqu'injustes; ils décidaient que, si un créancier avait arraché par force, des mains de son débiteur, l'argent qu'il lui devait, il était obligé de le rendre; ils le condamnaient même à perdre sa créance. Leg. 13, ff ex. quib. caus. major. in integ astit.

211. Nos lois proscrivent aussi la violence, elles annulent le consentement qui n'a pas été libre Art. 1109 et 1111 du Code civil.

212. Sous le point de vue moral, tous les genres de violence, les voies de fait, les simples menaces sont repréhensibles et forment un moyen odieux de s'emparer de la chose d'autrui.

213. Aux yeux de la loi, il eût été dangereux de considérer tous ces genres de contrainte, comme des causes suffisantes de rescision. Autant il était juste que le législateur vînt au secours d'un citoyen victime d'une

violence considérable, autant il devait dédaigner les plaintes de la pusillanimité et de la faiblesse ; or, c'est pour satisfaire à cette double convenance qu'il a indiqué quels étaient les caractères de la violence, et quelles étaient les circonstances qui devaient la précéder ou l'accompagner pour qu'elle fût une cause de rescision des conventions. Ce caractère et ces conditions sont déterminées par les règles suivantes.

214. *Règle première.* Pour qu'il y ait violence, il faut qu'elle soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable et à lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. *Metus non vani hominis sed qui in homine constantissimo cadat*, leg. 2, Cod. tit. quod. metûs causâ. Mais comme la violence ne fait pas sur tout le monde la même impression, que nous n'avons pas tous la même fermeté et la même force, pour y résister, les juges doivent avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes, art. 1112 du Code civil. Ainsi l'homme atteint d'une infirmité grave est plus susceptible de s'effrayer que l'homme robuste et bien portant ; l'homme obéit moins à la crainte qu'une femme jeune et timide etc. etc.

Les juges doivent aussi avoir égard aux circonstances ; ils s'informeront si la violence a été exercée par un ou plusieurs individus, si elle a eu lieu la nuit ou le jour, si c'était à la ville ou à la campagne ; et c'est en réunissant tous les faits, qu'ils seront à même d'ap-

précier le caractère de la violence alléguée, et de calculer exactement l'impression qu'elle a dû faire sur l'esprit de celui qui se plaint.

215. Pour qu'il y ait violence, il faut qu'elle soit de nature à faire craindre à la personne qui en est l'objet, un mal considérable et présent (Article 1112 du Code civil). Pour peu que le danger fût éloigné, on ne pourrait pas dire que le consentement n'a pas été libre. — Si par exemple, je vous menace de vous tuer tôt ou tard, au cas ou vous ne me consentiez pas une obligation de 10,000 fr., cette menace, dans quels termes qu'elle soit faite, n'est pas suffisante pour caractériser la violence et donner lieu à la rescision de mon engagement, si j'ai eu la faiblesse de le consentir.

216. Au reste, il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu des voies de fait; il est des circonstances où l'on exerce une plus grande violence sur la volonté de quelqu'un par la menace, que par les coups qu'on pourrait lui porter. *Ut non dubium sit quin major adhibita vis ei sit, cujus animus sit perterritus quàm illi cujus corpus sit vulneratum; Cicero, pro Cæcinn.* Seulement il faut que, comme dans la violence par voie de fait, les menaces fassent craindre un mal considerable et présent. *Metum non jactationibus tantum vel contestationibus sed atrocitate facti probare convenit.* Leg. 9 Cod. de his quæ vi, etc.

217. On ne peut prétendre qu'il y a eu violence de la part de celui qui n'a fait qu'user du droit que la loi

lui donnait : par exemple, de la part de celui qui a eu recours aux voies judiciaires, même avec une extrême rigueur, pour obtenir l'exécution d'un titre légitime : par exemple encore, de la part du magistrat ou de l'officier ministériel qui auront agi avec sévérité dans l'exercice de leurs fonctions et sans en abuser, leg. ult. Cod. de his quæ vi, etc.

218. Il est également certain qu'un débiteur ne pourrait pas obtenir la rescision d'un engagement qu'il aurait souscrit pour assurer le paiement d'une dette légitime, sous le prétexte qu'il était en prison, et qu'on lui avait promis de lui rendre la liberté. Vainement dirait-il que son consentement n'avait été que l'effet de la contrainte, il ne devrait pas être écouté, car si cette contrainte était injuste, il pouvait la faire cesser, et dès-lors, elle n'était pas de nature à faire sur son esprit une impression assez forte et telle qu'elle est caractérisée par l'art. 1112 du Code civil.

219. Quid, si l'incarcération a été l'effet d'une contrainte illégale, injuste, et faite uniquement dans le but d'extorquer le consentement ?

Il faut distinguer : de deux choses, l'une ; ou bien il existait une dette, ou il n'en existait pas

Au premier cas l'engagement ne peut point être rescindé, puisqu'il a une cause légitime et qu'il ne porte aucun préjudice au débiteur. Celui-ci était dans l'obligation de payer ses dettes, il devait tout au moins fournir le titre qu'on lui demandait, et ne pas

attendre qu'on l'y contraignît par des actes de violence. Son refus est déloyal et le rend peu favorable. Quelque grave que soit aux yeux de la loi, l'attentat à la liberté individuelle, il ne peut justifier l'application du décret de Marc-Aurèle, dont il a été tant de fois question. Ce prince, après avoir dit qu'il y avait violence, toutes les fois qu'on ne recourait pas aux moyens légaux, pour obtenir ce qui était légitimement dû, voulait que lorsqu'un créancier se présentait comme ayant reçu ou obtenu par violence quelque chose de son débiteur, fût-ce la somme qui lui était due et qui devait lui être payée de bonne volonté et par autorité de justice, il perdît sa créance, leg. 13, ff. quod metûs causâ, etc. Aucune disposition de nos Codes n'autorise une pareille punition. Il faut même convenir qu'elle était moins dictée par un esprit de justice, que par ce sentiment national qui mettait au-dessus de tout la liberté du citoyen Romain.

Nous devons ajouter que la légitimité de l'engagement n'empêcherait pas que le débiteur ne pût demander et ne dût obtenir une réparation, pour cause de l'atteinte portée à sa liberté; une pareille violence constitue un véritable délit dont la gravité se mesure sur le caractère de l'individu qui s'en est rendu coupable, (Art. 114, 119, 122, 341, 343 du Code pénal), et qui toujours donne lieu à des dommages-intérêts. Naturellement ces dommages-intérêts modifient l'engagement du débiteur, quelquefois même ils le réduisent

à rien. — Mais remarquez qu'au lieu que cette extinction de titre soit l'effet de la rescision pour cause de violence, elle n'est que le résultat de la compensation qui s'opère de plein droit au moment où est rendu le jugement qui, d'un côté, reconnaît la légitimité de la dette et qui, de l'autre, accorde au débiteur les dommages-intérêts. (Art. 1289 et 1290 du Code civil).

Au second cas, l'engagement est nul pour défaut de cause. *Qui in carcerem quem detrusit ut aliquid ei extorqueret, quidquid ob hanc causam factum est nullius est momenti*, et de plus celui qui a été incarcéré a droit à des dommages-intérêts considérables.

220. Il peut y avoir difficulté pour prouver si la violence n'a eu pour objet que de faire reconnaître une dette légitime, ou au contraire, de surprendre un titre pour une somme qui n'était point due On sent que dans ce cas c'est à l'auteur de la violence à fournir la preuve qu'il lui était dû quelque chose. L'autre partie ayant été contrainte, n'a autre chose à prouver que les faits de violence dont elle se plaint. La présomption de la loi est pour elle, tant pis pour la première qui, par son imprudence et par sa conduite coupable, s'est exposée à toutes les conséquences défavorables qui résultent d'une mauvaise action.

221. *Règle deuxième.* La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de rescision, encore qu'elle ait été exercée par un tiers, autre que celui

au profit duquel la convention a été faite. (Art. 1111 du Code civil). Car bien que dans ce cas celui avec qui j'ai contracté n'ait point eu de part à la violence, mon consentement n'en a pas moins été donné malgré moi, et c'est précisément le défaut de consentement qui a déterminé le législateur à me délier de l'obligation qu'on m'a forcé à consentir. *Neque enim lex adhibenti vim irascitur, sed passo succurrit.* Controv. de Senèque 4, 26.

222. *Règle troisième.* La violence est une cause de rescision d'un engagement, non seulement lorsqu'elle a été exercée contre la partie qui s'en plaint, mais encore lorsqu'elle a été exercée contre son époux, son épouse, ses ascendans ou ses descendans. (Art. 1113 du Code civil). Le législateur a pensé avec raison, que l'homme était aussi sensible aux mauvais traitemens dont pourraient être l'objet sa femme, ses enfans, ou ses ascendans qu'à ceux qu'il aurait lui-même à supporter.

223. Le Code ne parle point de la crainte comme cause de rescision des contrats. Cependant il n'en est pas moins vrai, que dans beaucoup de circonstances elle produit le même effet que la violence; comme celle-ci, et autant qu'elle, elle agit sur notre esprit avec assez de force pour nous ôter la liberté de faire ou de ne pas faire. Telle serait la crainte que nous inspire la vue d'un danger qui nous menace ou qui menace notre épouse, nos descendans, nos ascendans. — Telle serait celle qu'on nous inspire par la

menace qu'on nous fait de mettre au feu des papiers importans, desquels dépend notre honneur ou notre fortune. Leg. si non is accipiat pecuniam cod. de his quæ vi. Il n'est pas douteux que tout engagement qui aurait été déterminé par une pareille crainte, devrait être rescindé ; il y a même raison, que dans le cas de la violence, et c'est en général par les mêmes principes que l'on doit résoudre les questions qui se rattachent à l'une ou à l'autre.

224. Il y a cependant une grande différence entre les engagemens qui sont l'effet de la violence et ceux qui sont l'effet de la crainte. Dans les premiers, ceux à qui ils sont consentis étant toujours défavorables, il y a toujours lieu à rescision. Au contraire, les seconds *peuvent* être maintenus comme ayant une cause légitime, quoique dictés par la vue d'un danger grave et par la crainte d'en être la victime. Par exemple, si étant au moment de périr dans les flammes, je promets la somme de 1,000 fr. à celui qui me sauvera la vie, que Jean se présente pour recevoir mon engagement et qu'il me délivre ; mon obligation est valable, car elle a une juste cause, elle est la récompense du service rendu, leg. 9, § 1. ff. quæ metûs causâ. — Peu importe que le danger que je courais m'ait inspiré des craintes, Jean n'était pas obligé de s'exposer pour moi, et son dévouement, quoique peu généreux, n'en a pas moins mérité une récompense.

Mais supposons que mon engagement fut excessif,

pourrai-je en demander la réduction ? l'affirmative ne nous paraît pas douteuse; car si la promesse que j'ai faite à celui qui m'a sauvé la vie est juste, comme étant la récompense du service qu'il m'a rendu, elle deviendrait injuste si elle excédait les bornes que m'imposaient l'imminence du danger, l'absence des secours, l'état de ma fortune, les efforts de celui envers qui je me suis engagé et le danger qu'il avait à courir. Tout contrat synallagmatique dans lequel ce qu'une partie gagne est bien au-delà de ce qu'elle fait ou de ce qu'elle donne, est contre les principes de la justice; l'égalité qui fait le caractère distinctif de ces contrats n'existe plus, et tout donne à penser qu'il n'y a point eu, de la part d'un des contractans, cette liberté d'esprit, cette sagesse nécessaire pour consentir un engagement. Les juges doivent donc rechercher la cause d'une pareille inégalité; or, dans l'espèce, leur tâche est facile; la position dans laquelle je me suis trouvé, prouve que je n'ai point agi avec réflexion. L'exagération de la promesse que j'ai faite, prouve mon défaut de liberté, et le vice du consentement que j'ai donné : il y a donc lieu à réduire mon engagement dans une juste proportion. Il serait plus exact, peut être, de resciuder l'obligation comme étant l'effet de la crainte, sauf à accorder à celui à qui j'ai fait la promesse, la juste récompense de son dévouement.

Le danger qui a inspiré la crainte doit se rapporter à un mal considérable et présent, sinon elle ne serait

pas une cause de rescision. Si par exemple, l'on s'était engagé, envers une personne pour se faire escorter et se faire défendre contre des voleurs, l'engagement serait obligatoire; Burlamaqui, du droit naturel, 3. part. chap. 4, n.° 5. En ce cas il n'y avait pas une crainte assez imminente pour faire supposer que le consentement n'a pas été libre.

225. Les conventions qui ont pour cause la crainte ou le respect que nous inspirent une autorité, subsistent dans toute leur force, bien qu'on ne s'y fût pas porté de soi même et sans cela. Dans un régime de liberté comme celui dans lequel nous vivons, un citoyen serait inexcusable d'agir contre sa conscience, ou au mépris de ses droits, dans la crainte d'encourir la disgrâce du pouvoir. — La crainte révérencielle envers un père, une mère ou autres ascendans, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit pas non plus pour faire rescinder un contrat, art. 1114 du Code civil. Nous n'admettons plus aujourd'hui l'ancienne maxime: *Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini.*

226. Lorsqu'une partie est admise à prouver les faits de violence, il peut arriver qu'elle ne peut point faire cette preuve, ou qu'elle ne peut établir que des faits qui ne sont point assez graves pour constituer la violence. Il ne faut pas croire que pour cela la partie à qui on reproche des faits de cette nature doive être relaxée, si les faits dont on a fait preuve peuvent motiver la rescision de la convention pour une autre cause, et

si le demandeur a pris soin de conclure à toutes fins. Par exemple, j'ai été contraint de signer une obligation dont je n'ai pas reçu le montant; je me trouve dans l'impossibilité de prouver les faits de violence que j'avais coarctés, ou bien les faits que j'ai établis ne caractérisent pas suffisamment la violence; il n'est pas douteux que ces mêmes faits peuvent être considerés par le juge comme des manœuvres frauduleuses sans lesquelles je n'aurais point donné mon consentement, ou bien encore qu'ils ne puissent y voir la preuve que mon engagement était sans cause. Donc ils peuvent l'annuler ou rescinder sur ma demande, voir l'art. suivant. Mais nous le répétons, il est utile de conclure à toutes fins.

ARTICLE TROISIÈME.

Du dol, de la fraude, de la suggestion, etc. etc.

227. Le dol et la fraude sont aussi une juste cause de rescision des conventions, ils font exception à toutes les règles: *Si quid dolo malo factum est perpetuo prestandum est.* Leg. 2, § 5, de hœred. vel act. vend. — L'action que la loi donne pour en réparer les effets est extrêmement favorable.

228. Le dol et la fraude comprennent toutes les surprises, les finesses et les machinations qu'on peut mettre en usage pour tromper quelqu'un. *Omnis calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum fallendum,*

decipiendum alterum adhibitur. Mais le dol ne peut être une cause de rescision d'une convention, qu'autant que les manœuvres employées par une partie, ont été telles, qu'il est évident que sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait point contracté (Art. 1114 du Code civil).

On conçoit, en effet, que si la morale réprouve toute espèce de tromperie, toute espèce de finesse même, la jurisprudence ne peut pas aller aussi loin. Il faut un dol déterminant, des manœuvres telles qu'il est bien certain que sans elles le consentement n'aurait pas été donné. *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astucias; leges quatenùs manu tenere possunt, philosophi, quatenùs ratione et intelligenter.* Cicero de officiis lib. 3, caput 17. Ainsi toute espèce de mensonge ne constitue pas une manœuvre frauduleuse ; et une confiance trop légérement accordée, ne peut être considerée comme l'effet du dol de celui à qui on aura imprudemment consenti une obligation ou une quittance. « Il faut, dit Merlin, « des faits capables d'égarer la prudence ordinaire, de « déconcerter les mesures de prévoyance et de sûreté, « qui dans l'usage accompagnent, ou doivent accompa-« gner toutes les transactions civiles et commerciales »

229. Le dol qui n'aurait point été le motif déterminant de la convention, et qui par cela même ne suffirait point pour la faire rescinder, serait cependant une cause suffisante pour faire adjuger des dommages à celui qui aurait été trompé ; les dommages seraient propor-

tionnés au préjudice qu'il en aurait ressenti. (Arg. de l'art. 1382 du Code civil).

230. Le dol employé par une partie à l'égard de l'autre, n'empêche pas qu'il n'y ait eu consentement et que la convention ne soit parfaite dans la rigueur du droit. Ce n'est que parce que ce consentement m'a été surpris par le dol de l'autre partie, et qu'il est de principe que chacun doit réparer le préjudice qu'il occasionne par son dol, que cette partie me doit des dommages. *Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest, quia enim per dolum obligatus est competit ei exceptio.* Or, l'appréciation de ces dommages ne peut pas se faire d'une manière plus exacte, qu'en rescindant l'obligation; car, comme dit fort à propos Blakstone, en son commentaire sur les lois anglaises, chap. 8. « Puisqu'un tort quelcon-
« que peut être considéré comme opérant simplement
« la privation d'un droit; la restitution de ce droit
« dont a été privée la partie lésée, est le remède
« évident et naturel de toute espèce de tort. »

231. Puisque le dol n'empêche pas que la convention ne soit parfaite dans la rigueur du droit, il en résulte que si le dol a été l'ouvrage d'un tiers et qu'il n'y ait eu aucune collusion entre ce tiers et l'autre contractant, la convention subsiste dans toute sa force, suivant l'ancienne doctrine des auteurs, *dolus tertii contractum non vitiat.* Ranchinæus, tit. de dolo, art. 2

à la note. — Leg. 15, ff. de dolo malo. Art. 1116 du Code civil. Seulement celle des parties qui aura été trompée, devra obtenir des dommages de la part de l'auteur de la fraude : Pothier des oblig., n.° 31 et 32. Voir néanmoins infra, n.° 240 de la suggestion.

232. Cette conséquence est rigoureuse, car il peut se faire que, l'auteur du dol étant insolvable, la partie trompée ne puisse obtenir la réparation du préjudice qu'elle a éprouvé. Nous avouons même que nous ne concevons pas pourquoi, dans le cas de dol, il n'y a lieu à rescinder le contrat que lorsque les manœuvres ont été employées par la partie contractante elle-même, tandis que la violence est une cause de rescision, lors-même qu'elle a lieu de la part d'un tiers, art. 1111 du Code civil; mais cette différence existe, et voici la raison qu'en donnent les auteurs : Le plus ordinairement, les personnes qui usent de violence cherchent à rester inconnues à celui dont elles veulent contraindre la volonté; il était donc juste d'accorder à ce dernier le droit de se faire restituer contre les effets de cette volonté, quel qu'ait été l'auteur des violences; sans quoi, le préjudice aurait pu être irréparable. Le dol, au contraire, ne peut provenir que de personnes connues, puisqu'il suppose, le plus ordinairement, une grande confiance abusée; la partie trompée sait donc à qui s'adresser pour obtenir la rescision de son engagement.

233. Peut-on considérer comme étant l'ouvrage

d'un tiers, et, comme tel, insuffisant pour faire rescinder un engagement, le dol du tuteur agissant pour son mineur? Il est évident que non; le tuteur n'a agi que pour le mineur, et, dès-lors, celui-ci ne peut, sous aucun prétexte, profiter du dol et de la fraude dont son tuteur aura usé, dans son intérêt. A ce cas, s'applique la règle : *Factum tutoris est factum minoris.*

234. L'espèce de dol et de fraude qui se renouvelle le plus, et qui est le plus souvent impuni, à cause de la difficulté qu'il y a de le prouver, est celui qu'on appelle, en droit, *suggestion, captation,* et qu'on peut définir : *la substitution, par des manœuvres frauduleuses, de la volonté d'un tiers à celle d'un disposant, ou d'une partie contractante.*

Ce genre de dol est d'autant plus odieux que ses effets ordinaires sont l'exhérédation des familles; il offre d'autant plus de danger que les manœuvres qui le caractérisent sont le plus souvent employées auprès d'un malade, ou auprès d'individus dont les sens affaiblis cèdent plus souvent à la séduction qui les environne.

235. Sous l'empire de l'ordonnance de 1731, art. 37, la suggestion était spécialement indiquée comme une des causes de la nullité des testamens, et tous les jours dans la pratique, les tribunaux annulaient des dispositions dans lesquelles la volonté du disposant avait été captée.

236. Le Code civil ne contient pas de dispositions

expresses sur ce point, et son silence a, dans l'origine, fait élever des doutes sur la question de savoir si le législateur avait eu l'intention de déroger à l'article de l'ordonnance de 1731 dont nous venons de parler.

Ces doutes nous paraissent injurieux pour le législateur : comment supposer, en effet, que dans aucun cas il ait voulu qu'on laissât subsister ce qui serait l'ouvrage du dol ou de la fraude ? Comment supposer qu'il veuille tolérer que des manœuvres insidieuses et criminelles puissent priver une famille d'une fortune, d'un droit qui devaient lui appartenir, pour en investir l'intrigant adroit qui saurait substituer sa volonté à celle d'un mourant ? une pareille interprétation est, nous le répétons, injurieuse : nous devons donc la repousser. *Etenim interpretatio justa et congrua rationi naturali semper fieri debet.* Voici, au surplus, ce qui doit nous fixer sur la pensée du législateur. On lisait dans le projet du Code civil un article ainsi conçu : « La loi n'admet pas la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, *suggestion, ou captation.* — Cette disposition ne fut pas insérée dans le Code civil, nous n'en connaissons point le motif, mais tout porte à croire que c'est parce qu'on la trouva injuste et dangereuse. Ce qui le prouve c'est la manière dont s'exprime, sur ce point, l'orateur du gouvernement, chargé d'exposer les motifs du titre des donations et testamens. »

« La loi, dit-il, garde le silence sur le défaut de « liberté qui peut résulter de la suggestion ou de la

« captation et sur le vice d'une volonté déterminée « par la colère ou par la haine. Ceux qui ont entre- « pris de faire annuler des dispositions par de sem- « blables motifs, n'ont presque jamais réussi à trouver « des preuves suffisantes pour faire rejeter des titres « positifs; et peut-être vaudrait-il mieux pour l'intérêt « général, que cette source de procès ruineuse et « scandaleuse fut tarie, en déclarant que ces causes de « nullité ne seraient point admises. Mais alors la fraude « et les passions auraient cru avoir dans la loi même « un titre d'impunité. *Les circonstances peuvent être telles « que la volonté de celui qui a disposé, n'ait pas été libre et « qu'il ait été entièrement dominé par une passion injuste.* « C'est la sagesse des tribunaux qui pourra seule ap- « précier les faits et tenir la balance entre la foi due « aux actes, et l'intérêt des familles. — *Ils empêcheront « qu'elles ne soient dépouillées par les gens avides qui sub- « juguent les mourans ou par l'effet d'une haine que la raison « et la nature condamnent.* »

237. La suggestion ainsi entendue, il était inutile d'en faire une cause spéciale de la nullité des donations et des testamens; elle rentrait dans les dispositions générales des art. 1109 et 1116 du Code civil, qui déclarent non valable le consentement surpris par dol.

238. C'est aussi dans ce sens que la jurisprudence a maintenu les anciens principes sur la suggestion et la captation, et c'est en fesant l'application des principes sur le dol et la fraude, qu'elle a annulé les donations

et les testamens qui étaient l'effet d'un consentement surpris, d'une volonté captée. Arrêt de la Cour de cassation du 29 avril 1824 et 18 mai 1825, rap. par Sirey, vol. 26, part. première, pag. 10.

239. Nous devons même dire, qu'en général les Cours royales ont admis le principe consacré par l'ancienne jurisprudence, que, pour faire annuler un contrat il faut un dol grave, les testamens sont viciés par le moindre dol, dès le moment qu'il a suffi pour capter la volonté du disposant. Voir l'opinion de d'Aguesseau, suprà n.° 42.

240. Il est également certain qu'au lieu que le dol proprement dit, n'est une cause de rescision des contrats qu'autant qu'il est l'ouvrage d'une des parties contractantes, la suggestion et la captation annulent une disposition, non seulement lorsque les faits sur lesquels elles reposent sont propres à la partie en faveur de laquelle cette disposition est faite, mais même lorsqu'ils ne peuvent être attribués qu'à un tiers sans intérêt. Leg. 71, § 1 ff. de hæred. instit., arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1825, Sirey, vol. 26 1, 10.

241. Dans tous les cas, il ne peut y avoir captation qu'autant que les manœuvres qui ont été employées ont déterminé la volonté du disposant, qu'autant qu'il y a eu des inspirations insidieuses capables de produire cet effet, que celui qui en était l'auteur est parvenu à faire adopter comme étant propre au disposant, la

volonté d'un autre. Des services rendus, des prières et même des présens ne sauraient caractériser la captation leg. 3 et 64 ff. si quis elig. test.

242. Une autre espèce de dol et de fraude dont les tribunaux ont beaucoup à s'occuper, consiste dans ce que nous appelons en droit la simulation, c'est-à-dire dans la volonté concertée de deux ou plusieurs personnes pour donner à un acte l'apparence d'un autre.

243. La simulation n'existe qu'autant qu'elle a été employée pour porter préjudice à quelqu'un ou pour frauder la loi dans une de ses dispositions essentielles; en d'autres termes, qu'autant que les parties ont déguisé leur accord afin de faire indirectement ce que la loi leur défendait de faire directement. Dans tous les cas où la volonté des parties n'a rien d'illicite, il ne saurait y avoir de simulation. C'est aujourd'hui un point de jurisprudence établi et qui ne peut être contesté.

244. Il n'est donc pas absolument nécessaire que les parties observent strictement la forme spéciale de la convention qu'elles veulent faire; rien ne s'oppose à ce qu'elles empruntent la couleur d'une convention, pour en passer secrètement une autre; la raison et la loi s'accordent pour les autoriser à faire indirectement ce qu'elles avaient le droit de faire directement. Godeffroi, in leg. 6 ff. de præscrip. verbis. — La Cour de cassation l'a plusieurs fois reconnu; elle a jugé notamment :

245. 1.° Que la donation déguisée sous la forme d'un contrat onéreux était valable, si les parties s'étaient conformées aux règles constitutives de l'acte ou du contrat dont elles avaient adopté la forme. *Si quis donationis causâ minoris vendat venditio valet.* Leg. 38 ff. de contrah. emt. — Arrêt de la Cour de Toulouse, du 31 août 1820, rapporté dans le journal de Toulouse, vol. 3, part. 1.re, pag. 82. — Arrêt de la Cour de cassation, du 23 avril 1827, rapporté par la Gazette des Tribunaux année 1827, n.° 501. — Paillet, sur l'art. 893 du Code civil.

Néanmoins dans ce cas il est nécessaire que l'acte dont les parties ont adopté la forme, soit translatif de propriété ; s'il existait le moindre doute sur ce point, les juges ne pourraient pas maintenir l'acte comme donation ; la Cour royale de Paris l'a ainsi jugé par arrêt du 7 janvier 1829, rapporté dans la Gazette des tribunaux, du 9 janvier 1829. — Voici dans quelle espèce.

En 1815, M. Pean de Saint-Gilles, notaire, était dépositaire d'une somme de 275 mille francs, que lui avait confié M. le marquis de Jaucourt; M. Achille du Cayla, pair de France, la réclama comme transmise par M. de Jaucourt à Mad. du Cayla sa fille, pour être remise plus tard à son fils: les enfans du Cayla soutinrent au contraire que M. de Jaucourt leur aïeul avait voulu leur donner cette somme et qu'il avait déguisé cette donation sous la forme d'un dépôt.

Pendant ce procès, intervinrent devant les premiers juges, les héritiers du sieur Viard, créancier de la mère de M. du Cayla; ils soutinrent que M. de Jaucourt avait dénaturé ses biens de son vivant, dans l'intérêt de Madame du Cayla sa fille, pour la mettre à l'abri des poursuites de Viard, et que les deux cents soixante-quinze mille francs, dont M. Pean de Saint-Gilles était dépositaire, provenaient de M. Jaucourt.

Le tribunal de première instance de Paris, par jugement du 25 juillet 1827, accueillit ce système, et attribua les 275,000 fr. aux héritiers Viard; il y eut appel.

M. Gayrard, avocat des héritiers du Cayla a soutenu devant la Cour, que le dépôt couvrait une donation au profit de ses cliens, et qu'il était permis de déguiser une libéralité sous cette forme.

M. Lavaux soutint au contraire que la forme du dépôt, empêchait le délaissement de la propriété du donateur, au profit du donataire, et qu'en vertu de la maxime : *donner et retenir ne vaut*, la donation cachée sous la forme d'un dépôt, était radicalement nulle.

La Cour : attendu qu'il résulte de l'art. 1939 du Code civil, que le déposant reste propriétaire des fonds déposés ; qu'ainsi une donation déguisée sous la forme d'un dépôt n'opère pas saisine au profit du donataire, adoptant au surplus les motifs des premiers juges, a mis l'appellation au néant et confirmé la sentence des premiers juges avec amende et dépens.

246. 2.° Que les parties contractantes ne pouvaient

se plaindre de la simulation, et s'en faire un moyen pour demander la nullité de leurs engagemens. En dénaturant leurs conventions, elles n'ont fait qu'user du droit qu'elles avaient de faire indirectement ce que la loi leur permettait de faire directement, elles ne peuvent donc avoir aucun motif plausible pour attaquer une disposition qu'elles ont faite ou un engagement qu'elles ont pris, le voulant bien. — Arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1817 rapporté par Sirey, vol. 17, part. 1, pag. 151; autre arrêt du 5 décembre 1826, rapporté par Sirey, vol. 27 part. 1.re pag. 249

247 Si cependant au lieu de changer seulement la forme de la convention qu'elles voulaient consentir, les parties n'avaient eu d'autre objet que de faire croire à l'existence de cette convention, lorsque dans la réalité elles ne voulaient en consentir aucune, nul doute que, *si en intentant l'action en nullité, elles n'étaient point obligées d'alléguer leur propre turpitude*, elles ne fussent recevables dans leur action, comme dans le cas où il s'agirait d'une vente qui n'aurait aucune réalité, dont le prix serait fictif, etc etc, ou d'une toute autre convention à laquelle on pourrait appliquer ce que disait d'Argentré, sur l'art. 269 de la coutume de Bretagne. *I o contrat n.o 5, tales sunt contractus proprie simulati id est, qui colorem habent, substantiam vero nullum, cum scilicet nulla conventio initur sed fingitur nec ulla obligatio contrahitur non aliter quam illæ fugaces umbræ*

inferorum apud virgilium quæ idolæ sunt hominum cum re nihil sint.

248. 3.° Qu'un jugement qui, sur la déclaration et le consentement de toutes parties, annule un acte pour cause de simulation, devait être considéré par rapport à la régie de l'enregistrement, comme une véritable retrocession volontaire de la chose vendue. La Cour de cassation a consacré ce point de droit dans l'espèce suivante.

Par acte du 17 octobre 1806, le sieur Andréa vendit plusieurs immeubles au sieur Ducasse, moyennant 40,500 francs. Ces immeubles restèrent inscrits au rôle financier de l'an X, jusqu'en 1818 sous le nom du père du vendeur, dont le fils était seul héritier.

Le sieur Andréa fils payait les impositions. En 1818 l'administration de l'enregistrement demanda les droits de la rétrocession opérée en faveur de ce dernier. — Il opposa qu'il n'avait pas cessé d'être propriétaire, et pour le prouver, il justifia en 1819 d'un jugement du tribunal de Toulouse, du 19 mai de la même année, qui avait annulé la vente du 17 octobre 1806, comme simulée et faite en fraude de ses créanciers.

Le même tribunal accueillit le 23 décembre 1819, ces moyens de défense, en déclarant qu'il n'était pas possible de présumer une rétrocession volontaire là où il n'avait jamais existé de vente valable.

Pourvoi en cassation pour violation de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an VII.

Le 23 décembre 1819, arrêt de la Cour ainsi conçu: « Attendu qu'il est de principe que la simulation dans les actes ne constitue pas, à l'égard des tiers, une cause de nullité radicale de ces actes, puisqu'il est au pouvoir des parties contractantes de les laisser subsister, lorsque, d'ailleurs, ils sont licites en eux mêmes et n'ont pas pour objet une fraude à la loi; qu'il suit de là qu'un jugement qui sur le consentement et la déclaration des parties annule un tel acte, pour cause de simulation, doit être considéré par rapport à la régie de l'enregistrement, comme une véritable rétrocession volontaire de la chose vendue; qu'ainsi un tel jugement ne peut faire obstacle à l'application de la présomption légale résultant de l'art. 12 de la loi du 22 frimaire an VII.

« Attendu qu'en jugeant le contraire, le tribunal de Toulouse a violé ledit art. 12, et par suite, l'art. 69, § 7, n.° 1 de la même loi, la Cour casse, etc.

249. Il résulte de ces diverses décisions et d'un grand nombre d'autres analogues qu'on pourrait rapporter, que la simulation n'est une cause de rescision des conventions, qu'autant que les parties contractantes n'auraient dénaturé leurs accords que dans le but de frauder les dispositions de la loi qui ne tiennent pas seulement à la forme, mais à la capacité des personnes à l'indisponibilité de la chose, ou dans un but autrement illicite; en pareil cas, l'engagement est rescindable, non pas parce que les parties auraient donné à

la convention qu'elles ont faite, une forme qui n'était pas la sienne, mais bien parce que leur convention avait un objet illicite — Voir arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1827, rapporté par Sirey, vol. 27, part 1.re, pag. 249.

250 Lors donc qu'il s'agit d'assigner à une convention son véritable caractère, de l'annuler ou de la maintenir, et dans ce dernier cas, de déterminer les effets qu'elle doit produire, on doit moins s'en tenir aux apparences que les parties lui ont données, qu'à la disposition réelle qu'elles ont faite : *obligationis origo potius considerandus quam titulus*. Chassaneus, Cout de Bourg, fol. 253. (Art. 1156 du Code civil.) Suprà n.° 142.

ARTICLE QUATRIÈME.

De la lésion.

251. La lésion qu'un individu éprouve dans un engagement, ne vicie point, dans son principe, le consentement qu'il a donné. Elle n'est une cause de rescision que parce qu'elle consacrerait une injustice, en blessant l'égalité qui tient à l'essence des conventions. L'intention des parties étant, en général, de recevoir, chacune, l'équivalent de ce qu'elle promet ou de ce qu'elle abandonne, si l'une d'elles donne ou promet une chose dont la valeur est bien au-dessus de ce qu'elle reçoit, elle éprouve une injustice qui doit être réparée. Cette réparation est d'autant plus juste, que l'existence d'une inégalité

aussi grave que celle qui caractérise la lésion, doit donner à penser qu'il y a eu erreur de la part de la partie lésée, ou dol ou usure de la part de l'autre partie.

252. Il ne faut pas croire que celui qui reçoit plus qu'il ne donne soit toujours obligé, même dans le for intérieur, de restituer l'excédant, et que l'égalité des contrats soit essentiellement blessée parce que, dans une convention, il n'existe pas un rapport parfait dans la valeur, le mérite, ou l'importance des choses respectivement promises ou abandonnées; l'expérience prouve que ce serait bien mal interpréter les règles de la justice et la loi. — D'un côté, les conventions varient à l'infini, dans leur objet, leur utilité, dans le prix que telles ou telles autres personnes y attachent. L'on peut citer pour exemple ce possesseur de la lampe du philosophe Épictète, qui fesait autant de cas de ce morceau de terre, que si, avec la lampe, il avait reçu tout le savoir du philosophe; pressé par un individu qui pensait comme lui, de lui en faire la vente, il y consentit, moyennant trois mille drachmes.... Malgré la disproportion énorme qui existait entre la chose et le prix, le marché fut maintenu, parce qu'il était évident que les parties avaient attaché un grand prix à la possession de l'objet vendu. — D'un autre côté, rien n'est plus naturel que la lutte d'intérêts qui s'établit entre deux individus qui sont à même de traiter affaire ensemble, et rien n'est plus commun

que l'inégalité qui est presque toujours le résultat de cette lutte.

Toute sorte de lésion n'est donc pas une cause de rescision, il faut qu'elle soit grave, essentielle, que l'on puisse supposer qu'elle est le résultat d'une erreur, du dol, ou de l'usure. Or, c'est pour que les tribunaux n'eussent point à s'occuper tous les jours de plaintes inadmissibles, que le législateur a déterminé lui-même les conditions et les circonstances sans lesquelles la lésion ne saurait être une cause de rescision entre majeurs, art. 1313 du Code civil. — Examinons les divers cas où la lésion produit cet effet.

253. Les partages peuvent être rescindés lorsqu'un des cohéritiers établit à son préjudice une lésion de plus d'un quart, art. 887 du Code civil; et l'action est admise, dans ce cas, contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange, de transaction, ou de toute autre manière, art. 888 du Code civil.

Mais après le partage, ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est plus admissible contre la transaction faite sur les difficultés réelles que présentait le premier acte, même quand il n'y aurait pas eu, à ce sujet, de procès commencé (même article).

254. Le partage fait par les ascendans peut aussi être attaqué, pour cause de lésion du quart; art.

1079 du Code civil. — Il est même une circonstance dans laquelle la simple lésion, quoiqu'elle ne se portât pas au quart, serait une cause de rescision. C'est lorsqu'avant le partage entre-vifs, l'ascendant a disposé du préciput en faveur d'un de ses enfans ; il est bien certain, qu'alors le moindre préjudice qu'éprouverait un des enfans, serait une privation d'une partie de sa légitime, et devrait par cela même être réparé en exécution des art. 913, 914 et suivans du Code civil.

Lors de la discussion qui eut lieu au conseil d'État sur l'art. 1079 de ce Code, l'on proposa d'interdire absolument à l'ascendant qui avait déjà fait des dispositions par préciput, le droit de faire le partage de ses biens. — Cette proposition fut rejetée, mais on n'accorda à l'ascendant la faculté de partager ses biens, dans ce cas, que sous la condition que celui des enfans ou descendans qui en ressentirait *la plus petite lésion* pourrait attaquer le partage. — C'est dans ce sens que l'art. 1079 doit être entendu.

255. Il y aurait également lieu à rescision d'un partage d'ascendans fait par testament, pour simple lésion, quoiqu'au dessous du quart, dans le cas où cet ascendant aurait promis, dans le contrat de mariage d'un de ses enfans, de maintenir l'égalité entr'eux dans le partage de ses biens. Une promesse de cette nature ne peut point être violée, et chacun des enfans est fondé à attaquer le partage testamentaire fait par son auteur, si ce partage blesse d'une manière notable l'égalité

promise. — Arrêt de la Cour royale de Paris, du 3 décembre 1831. — Arrêt de la Cour de Limoges, du 29 février 1832, Sirey vol. 32-2-282.

256. Le majeur peut attaquer, pour cause de lésion, l'acceptation expresse ou tacite qu'il a faite d'une succession, si cette succession se trouvait absorbée ou diminuée de plus de moitié par la découverte d'un testament inconnu au moment de l'acceptation, art. 783 du Code civil. On présume qu'en pareil cas, le majeur n'a accepté la succession, que parce qu'il a ignoré l'existence du testament.

257. Le droit qu'a le majeur de se faire restituer contre son acceptation, peut-il être étendu au cas où la succession se trouverait absorbée ou diminuée de plus de moitié pour la découverte d'une dette inconnue? La négative semble résulter de la combinaison des deux articles 1313 et 783 du Code civil. Cependant si on considére que la disposition de l'art. 783 est basée sur ce qu'il est à présumer que celui qui a accepté, a erré sur un fait important et déterminant, on retrouvera dans l'espèce de la question la même raison de décider, la même justice à rendre. — La circonstance est même beaucoup plus favorable; car une dette inconnue et considérable qui survient, augmente beaucoup plus les embarras de l'héritier, que la nécessité de partager l'hérédité avec un héritier institué; rarement ce partage peut opérer sa ruine, tandis qu'une dette qui diminuerait la moitié de la succession

peut facilement, surtout si elle concourt avec d'autres dettes, entraîner la déconfiture de celui qui a accepté l'hérédité. — Il y aurait injustice, nous ne saurions trop le répéter, à repousser, dans ce cas, le majeur dans son action en rescision. Nous devons ajouter qu'il peut se prévaloir non seulement de l'art. 783 du Code civil, mais encore des dispositions de la loi qui autorisent la rescision d'un contrat, ou engagement quelconque, pour cause d'une erreur, lorsque cette erreur est de nature à avoir déterminé la volonté. — Voir néanmoins Chabot de l'Allier dans son Traité des successions art. 783, n° 7.

258. Le majeur peut aussi faire rescinder l'acte de vente par lequel il a été lésé de plus de sept douzièmes du prix de la vente, lors même que par le contrat, il aurait expressément renoncé à la faculté d'en demander la rescision et qu'il aurait déclaré donner la plus value. (Art. 1674 du Code civil). Lorsqu'une lésion aussi énorme, se rencontre dans une vente, il est impossible de croire que le consentement du vendeur ait été libre, ou tout au moins qu'il n'ait pas été l'effet du besoin ; il n'y a que l'homme privé de sa raison, ou celui qui se trouve placé dans la position la plus pénible, qui puisse consentir à vendre sa chose pour un prix aussi modique, comme aussi il n'y a que l'homme injuste qui puisse acheter à quelqu'un qu'il voit décidé à vendre à un prix aussi vil. Lorsqu'une lésion aussi énorme existe, l'action que la loi donne au vendeur,

est en quelque sorte un acte d'humanité : *humanum est* dit la loi, 2 Cod. de rescind. vendit.

259. Il ne s'agit pas qu'une partie se prétende lésée pour que le juge doive l'admettre à prouver la lésion. Comme ce n'est pas sans de graves motifs qu'on peut porter atteinte à la foi des contrats, il faut que le demandeur produise des titres ou documens qui fassent présumer la lésion et qui par cela même justifient l'admissibilité de l'action, art. 1677 du Code civil ; ce ne fut qu'à cette condition, que l'action fut conservée dans notre Code. On peut s'en convaincre en lisant le procès-verbal des conférences qui eurent lieu au Conseil d'État sur l'art. 1674 et les suivans.

260. Cette action n'a pas lieu dans les ventes de meubles, Arg. de l'art. 1674 du Code civil ; elle n'a pas lieu non plus dans les actes de baux à ferme Arg. de l'art. 1313 même Code. Dumoulin in consuet. Paris § 22, glos. 1.re, n.o 41.

261. Dans tous les cas où il y a lieu à l'action en rescision pour cause de lésion, l'action doit être admise lors même que le vendeur aurait formellement renoncé dans le contrat, à la faculté de l'intenter, art. 1674. On conçoit que si une pareille renonciation avait été reçue, elle serait devenue du style, et elle aurait toujours rendue vaine la disposition de la loi.

262. Les motifs de l'action qui nous occupe, étant pris dans la gêne et les embarras présumés des vendeurs, il était évident qu'on ne pouvait donner à l'acquéreur

le droit de la proposer. Il n'a pas pu agir, *urgente necessitate* ; et, s'il a porté la chose à un prix trop élevé, il a pû le faire parce que cette chose avait pour lui, une valeur d'affection, ou parce qu'elle était à sa convenance, art. 1683 du Code civil.

263. Il suit de là que l'action en rescision pour cause de lésion, n'a pas lieu contre un acte d'échange; l'échangiste, en effet, est en même temps vendeur et acheteur, et si en la première qualité il a le droit de faire rescinder son engagement, ce droit lui est refusé en raison de sa qualité d'acquéreur ; on sent d'ailleurs, que comme on n'est pas contraint par le besoin de faire un échange d'immeubles ; cet échange est présumé volontaire et exempt de lésion, art. 1706 du Code civil, le Code a modifié, sur ce point, les principes de l'ancienne jurisprudence. Voir les arrêts de l'ancien parlement de Toulouse, rapportés par Maynard, liv. 3, chap. 59.

264. L'action en rescision n'a pas lieu non plus dans les contrats aléatoires, quel que soit l'événement ; lors même que l'un des contractans aurait en résultat tout le profit, et l'autre toute la perte. La raison en est que, celui qui a retiré tout le bénéfice de la négociation pouvait en éprouver tout le dommage. *Id actum esse manifestum est, ut: quemadmodum emolumentum negociationis ità periculum ad emptorem pertineret.* Leg. 10, ff. de hæred vel act. vend. faber au Cod. liv. 2 tit. 4 definit 10. Il est d'ailleurs de la nature des contrats aléatoires que les par-

ties donnent un consentement indéfini et d'avance à tout événement, et par conséquent celui à qui le contrat n'est pas favorable, ne saurait raisonnablement se plaindre de la perte qui lui est arrivée, à laquelle il s'est soumis volontairement et avec connaissance Burlamaq. droit de la nature et des gens, 3 part. chap. 12, § 6. — Enfin on peut ajouter que l'estimation des risques, est quelque chose de tellement incertain. qu'il serait presque impossible de déterminer, par rapport aux contrats aléatoires, l'existence et la qualité de la lésion.

265. On en trouve un exemple dans la transaction qui, suivant l'art. 2052 du Code civil, ne peut être attaquée pour cause de lesion Comment pourrait-il en être autrement? par la transaction, les parties abandonnent des prétentions qui peuvent être fondées et cela dans la vue d'éviter un procès Elles aiment mieux faire un sacrifice que de risquer de tout perdre, et d'ailleurs ce sacrifice leur paraît souvent assez payé par la tranquillité d'esprit qu'elles se procurent. N'est-il pas, dès-lors, évident que le prix de la transaction peut être inappréciable.

Il faut au surplus que l'acte soit réellement une transaction, il ne suffirait pas qu'il eût été ainsi qualifié si, d'ailleurs, il n'avait rien d'aléatoire; c'est ce qui résulte de la combinaison de l'art. 2052 avec l'art 888 du Code civil; ces deux articles paraissent renfermer deux dispositions contradictoires, mais il suffit d'en pénétrer l'esprit pour être convaincu que l'antinomie n'est qu'apparente.

L'art. 888 dispose, « que l'action en rescision est « admise contre tout acte qui a pour objet de faire « cesser l'indivis entre cohéritiers, encore qu'il fût « qualifié de vente, d'échange ou de transaction ou « de toute autre manière. — Mais après le partage, « ou l'acte qui en tient lieu, l'action en rescision n'est « plus admissible contre les transactions faites sur *les* « *difficultés réelles* que présentait le premier acte, « même quand il n'y aurait pas eu à ce sujet de procès « commencé. »

Supposons que par un premier acte, des cohéritiers fassent une transaction sur les difficultés qui peuvent s'élever entr'elles au sujet du partage de la succession indivise et qu'elles se règlent définitivement sur leur droits à cette succession. Cet acte sera-t-il rescindable s'il établit pour une partie une lésion de plus du quart? *Oui*, si l'on décide la question suivant l'art. 888. *Non* si on fait l'application de l'art. 2052. Mais quel est celui des deux qui doit être appliqué? c'est ce qu'il est important de rechercher.

Les art. 887 et 888 se rapportent aux actes de partage proprement dits, c'est-à-dire aux actes qui ont principalement pour objet de faire cesser l'indivis d'une succession, ou d'une propriété commune; en d'autres termes, à l'opération en quelque sorte matérielle et de simple calcul, dont l'objet est d'attribuer à chacun des copartageans une partie de la succession équivalente à son droit dans les biens communs. C'est pour

ces actes que le législateur a prescrit l'égalité, et c'est contr'eux qu'il a voulu qu'on pût diriger l'action en rescision lorsqu'ils renfermeraient une lésion de plus du quart. Peu importent la forme dont ces actes aient été revêtus, et la qualification qu'on leur ait donné, car, nous l'avons dit et nous ne saurions trop le répéter, la nature des actes et l'effet qu'ils doivent produire se déterminent par leur objet, plutôt que par la dénomination que les contractans leur ont donnée.

L'art. 2052, au contraire, ne s'applique qu'à la transaction proprement dite, c'est-à-dire au contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, (Art. 2004 du Code civil) bien entendu que leur position respective ferait naître des *difficultés réelles*. (Art. 888 § 2). Car si aucune difficulté n'existait, l'art. 2052 serait inapplicable et l'acte, bien que revêtu de la forme de transaction n'en serait pas moins un partage.

La solution de la question proposée, dépend donc entièrement de l'examen du fait; les juges doivent rechercher quelle était la position des parties contractantes, leurs droits, leurs prétentions; ils doivent rechercher surtout, si elles n'avaient qu'une consistance à former, un partage à faire, et dans ce cas, s'il y a eu lésion de plus du quart, l'action en rescision doit être accueillie; peu importerait même que la formation de la masse et les comptes entre parties, eussent

présenté quelques difficultés, si ces difficultés n'étaient pas assez graves pour faire présumer que l'intention des parties était plutôt de faire une transaction qu'un partage.

Au contraire ils doivent refuser l'action en rescision, s'il résulte de l'acte et des faits ou prétentions qui y ont donné lieu, que les parties étaient moins occupées de faire un partage que de transiger sur une contestation née ou à naître.

« S'il s'était élevé, dit Chabot de l'Allier, vol. 3,
« pag. 709, de son traité sur les successions, des
« contestations *réelles* et *sérieuses*, relatives aux droits
« respectifs des prétendans à la succession, par exem-
« ple, sur les qualités de l'un ou plusieurs d'entr'eux,
« sur la quotité de la portion qui doit leur appartenir,
« sur la validité des dons ou legs faits à quelqu'un des
« cohéritiers, sur l'obligation ou la dispense du rap-
« port, et si, pour terminer tous les débats, les héri-
« tiers avaient procédé au partage des biens, non par
« quotité et en formant des lots, mais par attribution,
« c'est-à-dire, en convenant que d'après les bases
« adoptées, chacun d'eux aurait tels et tels biens
« designés; dans ce cas, on ne peut douter que
« l'acte ne fut une véritable transaction, qui ne se-
« rait pas soumise à l'action rescisoire pour cause de
« lésion.

« On sent en effet, que le réglement des droits res-
« pectifs des héritiers peut donner lieu à des questions

« épineuses et à des difficultés graves, qui seraient « de nature à jeter les parties dans une involution de « procès ruineux. Si dans le dessein de prévenir ces « procès, ou pour les terminer lorsqu'ils ont été « déjà commencés, les héritiers font un traité à l'amia- « ble, pourra-t-il être permis de revenir sur ce traité, « sous prétexte de lésion, de manière à ressusciter « tous les débats qu'il avait éteints ? dans cette suppo- « sition, il n'y aurait plus de transaction à faire sur « les contestations qui pourraient s'élever à l'égard « d'une succession indivise; il faudrait porter en justice « toutes ces contestations et les faire décider toutes « par les tribunaux, puisque autrement on s'expose- « rait à les voir toutes renaître sur des demandes en « rescision ? mais ne serait-ce pas allumer le flambeau « de la discorde dans toutes les familles?

« Telle n'a pas été, sans doute, l'intention du légis- « lateur; il a bien voulu que, lorsqu'il ne s'agit entre « cohéritiers que de procéder à un partage, il ne fût « pas permis, en déguisant la nature de l'acte et en « lui donnant la couleur et la forme d'une transaction, « de le soustraire à l'action rescisoire pour cause de « lésion; mais il n'a pas entendu que, dans le cas où « une transaction aurait été nécessaire et réelle, l'acte « qui la contient et qui, par la manière dont il règle « les débats, fait cesser l'indivision du bien, dût être « regardé comme n'étant qu'un simple partage. Dans « ce cas, en effet, le partage n'est que le résultat de

« la transaction ; il est lié avec elle et, comme elle,
« il doit être inattaquable, puisqu'il ne serait pas
« possible de le rompre, sans rompre également la
« transaction, sans renouveler tous les procès ter-
« minés. »

Ainsi l'ont jugé les Cours royales de Grenoble, le 15 avril 1807, la section civile de la Cour de cassation, le 7 février 1809 et la Cour d'Amiens, le 10 mars 1821. Sirey, t. 22, p. 2, p. 239.

« Observez néanmoins, ajoute M. Chabot, que l'acte
« ne peut être considéré comme transaction, et non
« comme un simple partage, que dans le cas seule-
« ment où les contestations et les difficultés sur les-
« quelles il a été transigé, étaient réelles, étaient sé-
« rieuses, et présentaient des questions dont la solu-
« tion pouvait être incertaine. Il est donc nécessaire,
« que dans l'acte même, les contestations, les diffi-
« cultés et les questions sur lesquelles on transige,
« soient clairement énoncées, pour que, sur la de-
« mande en rescision pour cause de lésion, les tribu-
« naux soient en état de vérifier les motifs véritables
« et les caractères essentiels de l'acte, et puissent dé-
« cider s'il est réellement une transaction plutôt
« qu'un simple partage. »

266. Il résulte de l'art. 888, que dans le même acte il peut y avoir partage et transaction ; par exemple : il peut arriver que les parties fixent d'abord la quotité de la portion que chacune d'elles doit avoir

et qu'elles transigent sur ce point ; qu'immédiatement et par le même acte, elles procédent au partage de la masse, et que dans ce partage une d'elles éprouve une lésion de plus du quart. Dans ce cas l'acte peut valoir comme transaction, quant à la fixation des quotités, et peut être rescindé pour cause de lésion dans la partie de ses dispositions qui se rapporte à la formation des lots. Cour royale d'Amiens, 10 mars 1821, Sirey 22-2-239. Cour de cassation, 30 juin 1819, Sirey 20-1-268. Cour de Toulouse, 11 juillet 1828, 5 vol. 30-2-44.

Il devrait en être autrement pour peu qu'il parût résulter de l'acte que toutes les clauses étaient liées ensemble et en quelque sorte la condition l'une des autres; infrà. De l'effet des nullités, sect. 3, § 2.

267. Comme on le voit aisément, la solution des questions que nous venons d'examiner, en interprétant les art. 888 et 2052, dépend presque toujours du fait; ces questions sont dans le domaine du juge et il est dans ses attributions de déterminer le caractère de la convention contre laquelle une partie veut se faire restituer. Arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1825, Sirey, vol 25-1-311.

268. Nous avons dit que les partages ne pouvaient être rescindés pour cause de lésion, que lorsque cette lésion était de plus du quart, mais, si dans un partage, il avait été expédié à un cohéritier un immeuble cédé avec une contenance fixe, et qu'il

y eût déficit de contenance, le cohéritier lésé aurait son recours contre ses cohéritiers, alors même que le déficit serait moindre du quart. — La Cour de cassation a dit avec raison : Dans une pareille circonstance, il ne s'agit pas de lésion à vérifier et à prévenir, il s'agit de convention à maintenir et à exécuter. Arrêt du 8 novembre 1826, Sirey, 27-1-191.

269. L'action en rescision pour cause de lésion n'est point admise contre une vente de droits successifs faite sans fraude, à l'un des cohéritiers, à ses risques et périls, par ses autres cohéritiers, ou par l'un d'eux ; art. 889 du Code civil. — Une pareille cession est considérée comme un contrat aléatoire, parce qu'il est incertain si l'émolument sera plus fort que les charges, ou s'il sera moindre : elle rentre, dès-lors, dans l'exception que nous avons établie, suprà n.° 264.

270 Par la disposition contenue dans l'article 889, le législateur a résolu les doutes qui existaient autrefois sur la question de savoir si les actes de vente de droits successifs étaient rescindables pour cause de lésion : il a partagé l'opinion que Pothier avait soutenue avec force contre l'avis d'autres jurisconsultes. — Mais, par cela même que cette solution a mis fin à une longue controverse, elle ne doit être donnée que sous les conditions et dans les circonstances prévues par la loi ; ainsi la vente de droits successifs n'est à l'abri de l'action en rescision, pour cause de lésion, que lorsqu'elle réunit les deux caractères suivans.

271. 1° La cession de droits doit être faite *aux risques et périls* de l'acquéreur.

A défaut de cette condition, la cession est un véritable partage qui, aux termes de l'art. 888 du Code civil, est rescindable s'il établit pour le vendeur une lésion de plus du quart. Voir les arrêts rapportés par Automne sur la loi 4 Cod. de hæred. vend. Mornac sur le tit. ff. famil. erciscond. Brodeau sur Louet, lettre G somm. 8; Leprêtre cent. 1. chap. 25; Catelan, liv. 5 chap. 72. Garnier Deschênes, dans son Traité sur le notariat, chap. 15 n.° 535; Voir, notamment, un arrêt de la Cour royale de Corse, en date du 6 décembre 1826, rapporté dans la Gazette des Tribunaux n.° 391, année 1827. Cet arrêt a été rendu dans l'affaire du sieur Fondani contre la dame Fontani, l'un et l'autre héritiers ou se disant tels de l'illustre général Paoli, et au sujet de sa succession. Il s'agissait d'une transaction par laquelle la dame Fontani avait vendu au sieur Fondani, tous ses droits sur ladite succession, moyennant la pension viagère de six cents francs. La dame Fontani en demandait la rescision pour cause de lésion, et on lui répondait que, s'agissant d'un contrat aléatoire, son action était inadmissible. — La Cour annula la transaction par le motif, qu'un acte de cette nature n'était qu'une opération tendante à faire cesser l'indivision entre les contractans, et que ces actes, quelle que fût leur dénomination, étaient nuls (la Cour voulait dire rescindables) lorsqu'ils présentaient une lésion de plus du quart.

Enfin, la Cour royale de Toulouse vient de juger tout récemment par arrêt du 3 mars 1830, rapporté par Sirey, vol. 30 part. 2 pag. 321, qu'en pareille matière le cohéritier cessionnaire ne pouvait être réputé avoir acquis *à ses risques et périls*, par cela seul, que la cession étant faite à forfait et sans désignation des objets cédés, le cédant ne s'était obligé à aucune garantie.

« Attendu, est-il dit dans cet arrêt, qu'il résulte de la concordance des art. 888 et 889 du Code civil, que la vente n'est à l'abri de la rescision, pour cause de lésion, que dans le cas ou l'acquéreur *a expressément tout pris à ses périls et risques*, *etc. etc.* »

272. Au reste, nous devons faire observer que ce n'est qu'entre cohéritiers qu'il est nécessaire de déclarer que la cession est *faite aux risques et périls* du cessionnaire, parce que ce n'est que par rapport à eux que le défaut de cette condition fait réputer la cession pour un simple partage. (Art. 888 et 889 du Code civil). Si l'acquisition était faite par un tiers, l'énonciation de la condition ci-dessus serait inutile; elle n'aurait jamais pour effet de faire cesser l'indivis, et ne pourrait pas être, dès-lors, rescindable pour cause de lésion de plus du quart, ce serait un contrat aléatoire, qui offrirait des chances de profit ou de perte et qui ne serait rescindable pour aucune espèce de lésion. Arg. de l'art. 1696 du Code civil.

273. 2° Pour que la cession de droits successifs soit à l'abri de l'action en rescision, il faut qu'elle ait été

consentie sans fraude. (Art. 889 du Code civil). Si donc l'héritier acquéreur, connaissant parfaitement la consistance et la valeur de la succession, avait trompé le vendeur qui ne les connaissait pas, l'acte ne serait plus aléatoire, puisqu'il n'offrirait pas de chance de perte pour l'acquéreur; il serait donc considéré comme un véritable partage qui serait rescindable, s'il contenait lésion de plus d'un quart.

En disant que la cession *faite en fraude* n'est considérée que comme un partage, nous n'avons pas entendu qu'il fallût une fraude proprement dite, c'est-à-dire, basée sur des manœuvres sans lesquelles le consentement de la partie trompée ne serait point intervenu. Il suffit de la connaissance seule qu'a eu l'acquéreur de l'actif et du passif de la succession. Cette connaissance le mettant à même de ne s'exposer à aucune perte, enlève à la cession le caractère des contrats aléatoires, et le prive du droit de se prévaloir de l'exception portée par l'art. 889.

Lebrun, dans son Traité des successions, livre 4, chap. premier, n.° 58, s'exprime ainsi sur ce sujet: « Il faut néanmoins distinguer le tems et les autres circonstances de la vente de droits successifs, car si un héritier absent traite par procureur avec ceux qui avaient une demeure commune avec le défunt et qui pouvaient être fort instruits des affaires de la succession, et qu'il leur vende ses droits sans avoir eu communication de l'inventaire que les parens ont fait

faire, *Non visis inspectis que tabulis*, en ce cas, il est vrai de dire avec la loi que le vendeur *non tàm paciscitur quàm decipitur*, et qu'il y a lieu à la restitution. En effet, on ne peut comparer un tel traité au marché d'un coup de filet appelé dans le droit *jactus retis*, parce que l'incertitude n'est pas réciproque, les acheteurs connaissant bien mieux les affaires de la succession puisqu'ils en connaissaient au moins les effets ; et généralement toutes les fois qu'il y a du dol et de la fraude de la part des cohéritiers acheteurs, il n'y a lieu à la restitution. » Arrêt du parlement de Toulouse du 17 juin 1711, rapporté dans le journal du palais t. 3, pag. 410. Vedel sur Catelan, liv. 5, chap. 5 et 6.

274. La Cour de Toulouse a consacré les mêmes principes. On lit dans un de ses arrêts en date du 28 avril 1820, rapporté dans le recueil des arrêts de cette Cour. « Attendu que l'acquéreur n'avait couru aucun « risque en fesant le traité, puisque la succession « était ouverte depuis plus de vingt-un ans, que « pendant tout ce temps il avait géré seul, et en sa « qualité d'héritier, tous les biens de la succession, ce « qui l'avait mis à portée d'en connaître exactement « les forces. » Voir en outre un arrêt de la Cour royale d'Agen, du 22 mai 1817, rapporté dans Sirey t. 19 part. 2, pag. 181.

275. L'action en rescision pour cause de lésion n'est pas admise contre les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice. (Art.

1684, Code civil). Ces ventes étant faites aux enchères sous les yeux de la justice, la loi présume que les objets ont été portés à leur juste valeur, ou tout au moins, qu'il était impossible d'éviter la lésion.

276. Mais cette exception ne doit être appliquée qu'aux ventes qui *ne pouvaient être faites que d'autorité de justice*. Si donc des majeurs faisaient devant le tribunal une vente qu'ils pourraient faire autrement, l'action en rescision pour cause de lésion d'outre moitié, a lieu, par le motif, que les majeurs ayant été les maîtres d'observer, dans cette vente, ou de négliger les formalités qui forment précisément la sécurité du législateur, le ministère public n'étant plus surveillant nécessaire de pareilles ventes, il n'y a plus raison de supposer que le bien a été porté à sa juste valeur (Brodeau sur Louet, lett. D. somm. 32). S'il en était autrement, celui qui voudrait acheter avec usure ne manquerait jamais d'exiger que la vente se fit en justice; et alors, comme dans le cas dont nous avons parlé, suprà n. 261, la faculté de faire rescinder la vente serait abrogée par le fait.

277. Nous dirons en finissant, qu'il y a entre la rescision pour cause de lésion, et la rescision pour cause de violence ou de dol, cette différence que, dans la première, la partie contre laquelle on poursuit la résolution de l'acte peut s'y opposer en offrant de rembourser le supplément du prix ou de la portion héréditaire.

L'art. 1678 du Code civil, conforme en cela à la loi 2,

Cod. de rescind vend., le décide dans le cas de la vente. — L'art. 891 du même Code, le décide dans le cas du partage en général, de même que la loi majoribus 3, Cod. comm. utrinsque judicii, le décidait autrefois; et la jurisprudence, basée sur une identité de motifs, l'a décidé pour le cas particulier du partage fait par les ascendans. Papon, liv. 15, tit. 7, arrêt 7, aux addit. Grenier, des Donations, 3.e part., chap. 2, n° 401.

Au contraire, dans tous les autres cas où il existe une cause de rescision, la partie contre laquelle on agit, ne peut arrêter le cours et l'effet de l'action et ne peut empêcher la résolution.

§ II.

De l'action en rescision spécialement accordée au mineur.

278. Nous avons prouvé dans le second chapitre de cet ouvrage, n. 69, que parmi les engagemens consentis par le mineur, les uns étaient nuls dans la forme, et les autres seulement rescindables, dans le cas où ils établiraient à son préjudice une lésion quelconque. Nous avons dit que les engagemens nuls dans la forme, étaient ceux qui, étant assujettis par la loi à des formalités spéciales, auraient été consentis par le mineur, sans observer ces formalités, et que tous les autres espèces d'engagemens ne pouvaient être attaqués que par la voie de la rescision. Nous avons dit que c'était à ces derniers seulement que se rapportait l'ancienne

règle : *Minor non restituitur tanquàm minor, sed tanquàm læsus.*

L'action que la loi accorde, en ce cas, au mineur, est connue dans le droit sous le nom d'action et rescision, action et restitution ; elle est soumise à des règles que l'ancienne jurisprudence a recueillies, et qui, bien qu'elles ne soient pas insérées dans le code, ne sont pas moins utiles aujourd'hui pour connaître exactement la nature et les effets de cette action.

Ces règles nous ont paru se réduire aux suivantes :

279. 1.re *Règle.* Le bénéfice de restitution accordé aux mineurs, leur est accordé à cause que la faiblesse de leur âge, leur inexpérience, les rendent en général incapables de bien administrer leur fortune, et les exposent aux entreprises de la fraude, aux pièges de la séduction. *Fragile est hujus modi ætatis consilium, multis captationibus, obnoxium, multorum insidiis expositum.* Leg. 1 ff de minorib.

Il suit de là, que, comme c'est surtout la fragilité de leur âge, *lubricum ætatis*, leur inexpérience qui sont la cause première et principale de l'action que la loi leur accorde, et que leur jeunesse les expose non-seulement à être trompés par les autres, mais à se tromper eux-mêmes, ils ont le droit de se faire restituer contre tous les actes dans lesquels ils ont été lésés, indépendamment de la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec eux. *Vel ab aliis circumventi vel suâ facilitate decepti.* Leg. 44 ff. de minoribus.

Par la même raison, ils ont le droit de se faire restituer contre toutes personnes, même contre un autre mineur, leg. 2, § 6, cod. de minor.; seulement alors l'action ne produit son effet contre ce dernier que jusqu'à concurrence du profit qu'il a retiré de la chose, ou de l'argent que l'autre mineur lui a délivré ou compté; le mineur actionné n'est point tenu de restituer la chose dont il n'a point profité, l'argent qu'il a dissipé dans de folles dépenses; par rapport à ces objets, la position des deux mineurs est la même: ils peuvent l'un et l'autre se prévaloir du bénéfice de restitution, leg. 34, § 6, ff. de minoribus. Le juge doit repousser l'action du demandeur, par application des principes généraux, suivant lesquels *in pari causâ melior est conditio rei quàm actoris*.

280. 2.e *Règle. La simple lésion* donne lieu à la rescision en faveur du mineur non émancipé contre *toutes sortes de conventions*, et en faveur du mineur émancipé contre toutes les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. (Art. 1305, Code civil).

281. Ainsi il suffit *d'une simple lésion*. Cependant les juges ne doivent pas accueillir trop facilement l'action du mineur; ils ne doivent pas considérer comme une véritable lésion cette inégalité légère et presque inévitable qui se trouve dans presque toutes les conventions; et s'ils doivent se montrer sévères toutes les fois qu'ils acquièrent la conviction qu'on a usé de fraude envers le mineur, ils doivent être très-difficiles pour pronon-

cer la rescision d'un engagement fait sans fraude, et duquel il n'est résulté pour ce dernier qu'un préjudice peu important. L'équité et l'intérêt même des mineurs le veulent ainsi. Il n'est pas douteux, en effet, que si le bénéfice de restitution s'exerçait avec une trop grande rigueur, on ferait de cette classe nombreuse de citoyens une espèce d'ilotes avec qui personne n'oserait traiter d'aucune affaire, même de pure administration, on méconnaîtrait les intentions du législateur; on violerait surtout cette maxime du droit naturel, que sa justesse a fait passer dans le droit civil: que l'on ne doit jamais faire tourner au préjudice de quelqu'un ce qui a été créé en sa faveur: *quod in favorem alicujus introductum est in ejus odium retorqueri debet.* — Aussi la loi Romaine ne voulait-elle pas que les magistrats accordassent trop légèrement la rescision des engagemens souscrits par le mineur: *ne,* disait-elle, *magno incommodo hujus modi ætatis homines afficiantur, nemine cum eis contrahente.* Leg. quod si minor. 25, § non semper ff. de minorib. Les juges doivent donc prendre en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui ont contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses (Arg. de l'art. 484, C. civ).

Il faut, en un mot, que le mineur ait été manifestement trompé, ou négligent: *itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit, aut tàm negligenter in eá causá versati sunt, præter interponere se non debet.* Leg. 24, § 1, ff. de minoribus.

Remarquez néanmoins qu'il n'est pas toujours indispensable qu'il y ait eu préjudice pécuniaire; car il est de principe constant, que le mineur pourrait se faire restituer contre l'engagement qu'il aurait consenti, et qui serait de nature à lui causer de graves embarras. *Minoribus viginti quinque annis subvenitur non solùm cùm de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cùm intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.* Leg. 6, ff. de minor.

282. Le bénéfice de restitution est admis, avons nous dit, *contre toutes sortes de conventions*. Ce sont les expressions de l'art. 1305. Il semblerait en résulter qu'il n'y a de restitution possible que contre les conventions; cependant pour cause d'identité de motifs, et par l'effet d'une jurisprudence constamment suivie, l'action en rescision est accordée au mineur *contre toutes sortes d'actes*, ce qui a lieu non-seulement pour le préjudice qu'il éprouve, mais encore, lorsque par le fait de sa volonté, il se trouve privé de quelque profit qui devait lui revenir; *aut quod acquirere emolumentum potuerunt omiserunt*, Leg. 44, ff. de minoribus; comme si, par exemple, il avait répudié une succession qui lui était avantageuse.

Mais le mineur ne peut demander à être restitué *de son chef* que contre les actes passés par lui, et non contre ceux passés par ses auteurs, quand même la lésion proviendrait d'un fait arrivé ou accompli pendant sa minorité; c'est ainsi qu'il n'est pas restituable contre la déchéance d'une faculté de réméré, stipulée par son auteur. (Art. 1663, Code civil).

283. L'art. 1305 fait une différence entre le mineur non émancipé, et le mineur émancipé. — Le premier est restituable contre toutes sortes de conventions; le second, au contraire, n'est restituable que contre les conventions qui excèdent les bornes de sa capacité. — « L'émancipation, dit M. Proudhon, ne relève pas le mineur de toute incapacité, elle le place dans un état mitoyen entre le majeur et le mineur en tutèle. Il y a des actes qu'il peut faire seul aussi valablement qu'un majeur; d'autres, où il doit être assisté d'un curateur; d'autres, qu'il ne peut faire qu'en suivant les formalités prescrites pour les mêmes actes, à l'égard des mineurs en tutèle; d'autres, enfin, qui lui sont absolument interdits. »

284. 3.e *Règle.* Le bénéfice de restitution n'a d'autre objet que de réparer la lésion, éprouvée par le mineur; mais la faveur de la loi ne peut lui servir pour profiter aux dépens de celui qui a contracté avec lui. — La restitution doit donc toujours avoir lieu, de manière que le mineur n'éprouve ni perte, ni profit, par l'acte contre lequel il obtient la restitution. *Qui restituitur in integrum sicut in damno morari non debet, ità nec in lucro.* Leg. 1, cod. de rep. quæ Antonius.

285. C'est par ce motif, que les anciens interprètes du droit comparaient le bénéfice de restitution que le mineur peut invoquer, au bénéfice d'inventaire. *Nihil ampliùs operatur restitutio in integrum in minore, quàm bene-*

ficiarii hæredis repudiatio in majore. Mornac in leg 7 ; § 10, ff de minorib. 25 annis.

286. Le mineur qui emprunte une somme d'argent pour payer une dette de son père, ne pourrait donc se faire restituer contre son engagement ; car, si la restitution avait lieu, il se trouverait avoir éteint une dette dont il était tenu, et aurait ainsi augmenté son patrimoine aux dépens de celui qui lui aurait prêté les fonds.

Nous pensons même qu'on devrait le décider ainsi, dans le cas où la somme empruntée par le mineur aurait servi à acquitter une dette dont le père aurait pu demander l'annulation ou la rescision, pour une des causes ramenées dans la présente section ; le mineur ne serait pas fondé à prétendre qu'il n'avait connu le vice de la première obligation qu'après qu'il avait contracté la seconde ; en effet, en pareille circonstance, il n'est point lésé par l'obligation qu'il contracte, puisqu'elle est légitime, et qu'on lui a réellement compté les fonds, mais bien par le paiement qu'il fait à un créancier à qui il pouvait refuser le montant de sa créance. Ce paiement est tout-à-fait étranger à la personne envers qui il s'est obligé ; on ne peut rien reprocher à cette personne, et il serait de toute injustice qu'on la punît d'avoir voulu rendre service à ce mineur, d'avoir, peut-être, évité l'expropriation de ses biens. Une décision contraire pourrait, quelquefois, être avantageuse à celui-ci, mais plus souvent encore elle serait préjudiciable à ses intérêts. Personne n'o-

serait plus traiter avec lui, ni même arrêter la saisie de ses biens, dans telle circonstance où une somme modique serait suffisante pour sauver sa fortune, Arg. d'un arrêt du 5 décembre 1826, rapporté par Sirey, vol. 27, part. 1, p. 310. La véritable lésion n'ayant été que dans le paiement fait injustement, le mineur ne pourrait se faire restituer que contre le premier créancier.

287. 4.e *Règle.* Le bénéfice de restitution n'a lieu, en faveur du mineur, que contre les actes qui lui portent préjudice, soit que la lésion s'accomplisse par l'acte même, soit que la cause seule s'y trouvant, la lésion ne se fasse ressentir que plus tard. — Il ne peut se faire restituer contre le préjudice survenu après coup par suite d'un événement de nature à ne pouvoir être prévu lors du contrat. (Art. 1306, Code civil). Comme si, par exemple, les édifices qu'il avait fait réparer avec l'argent emprunté, avaient été détruits par un incendie ou une inondation.

288. Par abus de cette règle, on a prétendu que le mineur ne devait point être reçu dans sa demande en restitution contre un contrat aléatoire qu'il aurait souscrit. On a dit que s'il pouvait perdre par ce contrat, il pouvait aussi faire un profit; qu'ainsi il y avait égalité de chances, et qu'il y aurait injustice à le relever d'un engagement qu'il avait consenti, tout comme il l'aurait fait, s'il avait été majeur. *Quandò aliquid habet se ad lucrum et damnum nec minor tanquàm læsus restituitur. Tiraqueau,* in leg. si unquàm inverb. donat.

largit. numb. 110 à 113. Boerius, decis 62. numb 11.

Cette opinion est une erreur. Dans les contrats aléatoires l'appréciation exacte des chances de pertes et des chances de profits n'est pas [illegible] chose facile à faire, elle est au-dessus de l'intelligence du mineur, qui a bien pu ne pas se pénétrer suffisamment des charges qu'un pareil contrat lui imposait. Dès-lors, les motifs de la restitution existent dans leur entier, et les juges peuvent et doivent, dans l'intérêt du mineur, rescinder les contrats aléatoires comme les autres, suivant qu'ils sont plus ou moins onéreux, suivant qu'on a fait la condition du mineur plus ou moins dure Seulement les juges doivent bien se garder de prononcer la lésion d'une manière trop large et sans examen; ils doivent prendre en considération la fortune du mineur, le plus ou moins d'intérêt qu'il avait dans la négociation qu'il a faite, le plus ou moins de facilité qu'il doit éprouver pour satisfaire à l'obligation qu'il a consentie. Ce n'est enfin qu'en grande connaissance de cause, qu'ils doivent prononcer ou refuser la rescision. *Sciendum est autem non passim minoribus subvenire, sed causâ cognitâ, si capti esse proponantur.* Leg. 11, § 3, ff. de minoribus. Et si le contrat aléatoire, fait par le mineur, est un acte de sagesse; si, en le souscrivant, il n'a fait que ce qu'aurait pu faire un père de famille intelligent et sage, il ne peut se faire restituer. *Non videtur circumscriptus minor qui jure sit usus communi.* Leg. ult. cod de integ. restit. minor.

289. Abusant encore de la règle ci-dessus, quelques auteurs ont pensé que le mineur n'était point restituable contre l'addition qu'il aurait fait[illegible]édité; c'est une véritable err[illegible] nous ne devons pas prendre [illegible] de la réfuter. Voir la loi 7, 8, 9, ff. de minorib. Il est seulement obligé de rembourser le montant de ce dont il a profité. *Præstare debet*, dit la loi 7, § 5, eod. tit., *si quid ex hæreditate in rem ejus pervenit, nec periit per ætatis imbecillitatem.*

En ce cas, la restitution produit cet effet, que le mineur doit obtenir le remboursement des sommes qu'il a payées aux créanciers de la succession. Lapeyrère et les auteurs qu'il cite, V° mineur, n. 91; à moins qu'il ne fût prouvé, ou seulement établi par des présomptions graves, précises et concordantes, qu'il avait trouvé dans la succession des ressources suffisantes pour éteindre le passif, et que les juges eussent la preuve qu'en payant les dettes, le mineur n'avait rien distrait de sa fortune particulière.

Nous conviendrons qu'il est des cas où la restitution contre l'acceptation d'une succession, est extrêmement rigoureuse, surtout quand il n'y a pas eu inventaire, aussi faut-il que le mineur qui atteint sa majorité soit bien prudent, s'il ne veut pas perdre tout droit à la faveur de la loi, il doit surtout faire faire un inventaire exact des meubles et effets mobiliers dépendans de la succession (*Lapeyrère*, *ibid*). Il doit intenter son action de suite : le moindre retard, joint à une posses-

sion continuée, la moindre imprudence doit le rendre non recevable, et doit être prise pour ratification.

Lorsqu'il se fait restituer, il doit l'être en entier. Ainsi tout ce qu'il a pu faire pendant qu'il était mineur, la dissipation des capitaux, les dégradations ne lui nuisent point. Les majeurs qui avaient intérêt à ce que l'actif de la succession ne fut point dissipé, ont à s'imputer de n'avoir pas fait faire inventaire, et de n'avoir pas fait tous les actes conservatoires que la prudence suggère en pareille circonstance.

290. Nous avons dit que le mineur était restituable non-seulement lorsque l'acte même établissait la lésion, mais encore lorsque l'acte contenait la cause, ou en quelque sorte, le germe d'une lésion qui devait se faire ressentir plus tard. Il n'existe d'exception que dans le cas où la lésion est la suite d'un événement postérieur et imprévu Si donc la lésion est l'effet d'un événement qui, quoique postérieur à l'engagement du mineur, était de nature à n'avoir pas pu être ignoré du majeur qui a traité avec lui, en ce cas il y a lieu à restitution : cela est d'autant plus juste, qu'on pourrait dire qu'à la lésion se joindrait la circonstance du dol et de fraude de la part du majeur, et que celui-ci n'avait cédé son droit à l'autre que pour se débarrasser lui-même de la chance d'éviction ou du préjudice qu'il avait à craindre.

Supposons, par exemple, qu'on ait vendu à un mineur un immeuble dotal, pour une somme qu'il a ac-

quittée ; il est évident qu'il peut demander la rescision de son contrat, lors même qu'il ne serait pas poursuivi en éviction par la femme ou ses héritiers; le danger qu'il court d'être évincé, est une circonstance assez grave pour qu'on doive y voir une véritable lésion, et pour qu'on y retrouve tous les caractères de cette faiblesse, de cette inexpérience qui forment la base de l'action en rescision.

Nous pensons néanmoins avec la Cour royale de Toulouse, que si un mineur émancipé avait acquis un immeuble dotal pour un prix qui n'aurait rien d'excessif, et qu'il n'aurait point payé, il pourrait ne pas être restitué contre cette acquisition; il est certain, en effet, que comme le dit cette Cour, dans un arrêt en date du 24 janvier 1825, rapporté dans le recueil de ses arrêts. « A l'égard de cette vente, le mineur qui a acquis sans lésion, est dans la même position qu'un majeur, il peut seulement, ainsi que l'art. 1653 du Code civil l'y autorise, se refuser au paiement jusqu'à ce que l'on le rassure sur le danger de l'éviction possible, un jour, de l'immeuble dotal qu'il a acquis. » Les circonstances doivent au surplus être pour beaucoup dans la conviction du magistrat.

291. 5.e *Règle.* Un mineur n'est pas restituable contre l'acte par lequel il a satisfait à une obligation naturelle: en acquittant une obligation de ce genre, il a rempli un devoir; or, il serait contraire aux principes de la morale et de l'honnêteté publique, qu'il se prétendît

lésé, par cela seul, qu'il aurait consenti un acte juste et convenable.

Le mineur qui a constitué une pension alimentaire en faveur d'un ou de plusieurs de ses ascendans qui sont dans le besoin, n'est donc pas restituable, si la pension est sagement calculée sur les besoins de ceux qui la reçoivent, et sur les moyens de celui qui la donne.

292. Il en serait de même, si le mineur s'était rendu caution judiciaire pour faire sortir son père de prison. Auzanet, liv. 2 des arrêts, chap. 78.

293. Il en serait de même, si le mineur avait acquitté une dette légitime, que le créancier avait laissé prescrire, ou renouvelé un titre qui allait prescrire. La prescription éteint bien l'action civile, mais laisse exister l'obligation naturelle; or, pour l'homme juste et consciencieux, cette dernière obligation est bien tout aussi puissante que la première. Le mineur a donc pu renoncer à un moyen odieux, et payer ou assurer une créance dont la cause était légitime.

294. Il résulte encore de la règle ci-dessus, que le mineur qui a ratifié un engagement, souscrit par son père, et qui était susceptible d'être annulé pour une cause qui n'avait rien d'illicite, ne peut point se faire restituer contre la ratification qu'il a consentie; car le moyen de nullité n'empêchant pas qu'il y eût, de la part du père du mineur, une obligation naturelle, celui-ci en acquittant une pareille obligation, n'a fait que

remplir un devoir, contre lequel il serait injuste qu'il pût se faire restituer; cela aurait lieu surtout dans les cas où il aurait ratifié un engagement nul dans la forme.

295. 6.e *Règle*. Le mineur n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi délit (art. 1310, Code civil); c'est-à-dire, qui résultent des faits illicites, par lesquels il a causé un préjudice à autrui. Il ne convenait pas que le mineur pût invoquer sa minorité pour refuser de réparer le dommage qu'il aurait occasionné pour un pareil motif.

296. Remarquez que la loi ne parle pas dans cet article des *obligations contractées*, mais bien des obligations *résultant* du délit ou quasi délit, commis par le mineur, ce qui ne doit s'entendre que de celles qui sont la suite, juste et naturelle, du préjudice causé, et non des obligations qui auraient été souscrites à cette occasion; il n'est pas douteux que ces dernières pouvant être excessives, et ayant pu être arrachées par la crainte qu'on aurait inspirée au mineur, il peut en demander la rescision, si elles ne sont pas en rapport avec la réparation qu'il devait.

297. Il suit de la règle que nous venons de rapporter, que si le mineur s'est dit majeur, et qu'il ait appuyé son assertion sur un faux acte de naissance, ou sur des manœuvres frauduleuses, capables de tromper celui avec qui il a contracté, il ne pourra faire rescinder la convention consentie par suite de sa fausse déclaration. Leg. 2, cod. si minor se majorem dixerit.

La simple déclaration de majorité, de sa part, ne fait point obstacle à sa restitution, art. 1307, Code civil, c'était à celui qui a contracté avec lui à bien s'assurer de son âge, de son état. Une décision contraire eut rendu sans objet le bénéfice de restitution; car on n'aurait jamais manqué en contractant avec un mineur de lui faire faire la déclaration qu'il avait atteint sa majorité.

298. Ce que nous venons de dire de la déclaration de majorité, a lieu dans le cas où le mineur se serait dit commerçant: la production d'une fausse patente le rendrait non recevable à demander la nullité ou la rescision des engagemens qu'il aurait pris; il en serait autrement, s'il n'avait fait que se déclarer commerçant.

299. Lorsque le législateur ne veut pas que le mineur puisse se faire restituer contre les obligations résultant de son délit ou quasi délit, il suppose que la culpabilité du mineur est établie, indépendamment de la simple déclaration qu'il en aurait fait. Nous pensons donc qu'il est de toute justice que l'acte par lequel un mineur se reconnaîtrait l'auteur d'un délit, ou d'un quasi délit, soit sujet à rescision, si les juges retrouvent dans cet acte des traces de dol et de fraude, ou même l'absence de preuve de la culpabilité du mineur; ce n'est nullement le cas de l'exception portée par l'art. 1310; il nous semble même que c'est plus que jamais le cas de venir au secours du mineur, à qui on a pu surprendre une déclaration qui tend non-seulement à diminuer sa

fortune, mais encore à compromettre sa réputation.

300. 7.e *Règle*. Le mineur n'est point restituable contre les actes faits par son tuteur; lorsque celui-ci n'aura point excédé les bornes du pouvoir que la loi lui accorde. — En faisant de pareils actes, le tuteur agit pour le mineur, comme si celui-ci était majeur. — Cette règle est la conséquence de l'art. 1305, qui le décide ainsi pour le mineur émancipé, et de l'art. 1314, Code civil.

Ainsi le tuteur ayant qualité pour recevoir les capitaux mobiliers du mineur, celui-ci ne pourra pas se faire restituer contre les paiemens qui auraient été faits de bonne foi à ce tuteur.

Ainsi le mineur ne sera pas restituable contre les baux à ferme consentis par son tuteur à des tiers de bonne foi.

S'il n'en était point ainsi, le tuteur n'inspirerait pas plus de confiance que le mineur, et personne n'oserait traiter avec lui; ce qui, ainsi que nous l'avons dit, serait très-préjudiciable à celui-ci. Suprà, n° 281.

Hors les cas particuliers où le tuteur agit dans les bornes que la loi a imposées à son autorité, son concours dans l'engagement souscrit par le mineur, la promesse même qu'il aurait faite par écrit de le rendre taisant, n'empêcheraient pas le mineur de se faire restituer. *In his autem quæ minorum tutores vel curatores malè gessisse probari possunt, licet personali actione à tutore vel curatore jus suum consequi possint: in integrum tamen restitu-*

tionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit. Leg. 3, cod. de minoribus si tutor vel curator. — C'est la conséquence de l'art. 1305, qui autorise le mineur à se faire restituer contre *toutes sortes de conventions*, sans distinguer celles qui ont été traitées par le mineur seul, par son tuteur, ou par tous les deux conjointement.

301. A ce sujet, on a demandé si par rapport aux actes que le tuteur n'était point autorisé à faire, l'autorisation qu'il donnerait au mineur était d'une importance telle, qu'en défaut, on dût décider que l'engagement souscrit par le mineur était nul, comme dépourvu de sa forme constitutive.

Nous pensons que non, et c'est bien mal à-propos, suivant nous, que M. Toulier en son droit civil, vol. 6, n. 106, pag. 117, a soutenu que le mineur était présumé lésé, par cela seul, qu'il avait agi sans l'autorisation de son tuteur. La loi n'a dit nulle part que cette autorisation fût substantielle, et qu'elle fût requise à peine de nullité. L'art. 1305 et autres dispositions, n'admettent la rescision que dans le cas où il y a lésion; si cette lésion n'existe pas, il ne peut y avoir lieu à rescision sous aucun prétexte; peu importe, lorsque le mineur a fait un acte qui lui est utile, que l'autorisation du tuteur soit intervenue, ou qu'elle n'ait pas été donnée; comme le plus grand intérêt du mineur est l'unique guide en cette circonstance, c'est par l'existence ou l'absence de la plus simple lésion que les tri-

bunaux doivent se déterminer. *Placuit*, dit Justinien, aux inst. tit de auct. tut., *meliorem quidem conditionem pupillis facere etiam sine tutoris autoritate; deteriorem verò aliter quàm cum tutoris autoritate.*

C'est encore par erreur que M. Toulier a voulu comparer l'autorisation du tuteur à celle du mari, car celle-ci étant requise autant et plus dans l'intérêt du mari que dans l'intérêt de la femme, l'acte fait sans l'autorisation est une atteinte portée à la puissance maritale, et produit, par cela même, la nullité de cet acte; au lieu que l'autorisation du tuteur n'étant requise que dans l'intérêt du mineur, son défaut est sans importance, toutes les fois que le mineur n'a point été lésé.

302. 8.e *Règle.* Enfin, le mineur n'est pas restituable dans tous les cas où le législateur l'a autorisé à traiter comme s'il était majeur.

Par exemple, le mineur commerçant, banquier, ou artisan, n'est point restituable contre les engagemens qu'il a pris, à raison de son commerce ou de son art. (Art. 1308, Code civil).

Par exemple encore, le mineur n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de ce mariage. (Art. 1309, Code civil). Suprà, n° 90.

Et généralement lorsque les formalités requises à l'égard des mineurs ou des interdits, soit pour aliéna-

tion d'immeubles, soit pour un partage de succession, ont été remplies, ils sont, relativement à ces actes, considérés comme s'ils les avaient consenties en majorité ou avant l'interdiction. (Art. 1314, Code civil).

CHAPITRE III.

De l'interprétation des lois qui ont pour objet la forme des actes et la validité des conventions.

303. Lorsque la peine de nullité se trouve formellement attachée à l'omission d'une formalité, ou à une contravention quelconque, la conduite du juge ne peut être douteuse, son devoir est d'appliquer la loi, et d'annuler l'acte fait au mépris d'une volonté aussi clairement exprimée.

Au contraire, lorsque la nullité n'est point textuellement prononcée, la volonté du législateur peut n'être pas bien connue; car, si d'un côté son silence peut s'interpréter en faveur de l'acte ou de la convention, d'un autre côté, il arrive souvent que bien qu'il ne se soit pas suffisamment expliqué, il n'a pas moins voulu que la nullité fut suppléée par le juge.

Or, comme celui-ci ne peut être que l'organe de la loi, et l'interprète de la volonté qui l'a conçue et promulguée, il en résulte que lorsque le législateur ne s'est pas suffisamment exprimé sur les conséquences d'une infraction, le juge doit chercher à déchirer le voile qui dérobe à tous les yeux la pensée de la loi; il doit s'em-

parer de cette pensée comme de l'unique gu[illegible] ne peut l'égarer; et faisant ce que le législateur ferait lui-même, il doit annuler l'acte, si son existence est incompatible avec l'ordre public, s'il blesse les dispositions qui tiennent à sa forme constitutive

Mais quand et comment les magistrats devront-ils et pourront-ils pénétrer les vues du législateur? dans quelles circonstances seront-ils obligés de prononcer une nullité que celui-ci n'aura point prononcée lui-même? La réponse à ces questions forme l'objet du présent chapitre.

304. Nous avons entendu soutenir que les lois qui se rattachaient à la forme des actes, à la validité des conventions, ne pouvaient en aucun cas donner lieu à interprétation; qu'en effet, l'interprétation supposait des doutes, et qu'en cette matière, il pouvait si peu en exister de réels, que du moment qu'on en apercevait l'ombre, on devait se prononcer en faveur de l'acte attaqué; *interpretatio in dubio capienda est semper ut actus et dispositio valeant potiùs quàm pereant*. Leg. quoties 12, ff. de reb. dub.

Cette manière de raisonner n'est point exacte; car, s'il est vrai, que lorsque la volonté du législateur est douteuse, le juge doive se prononcer pour la validité de l'acte, il n'est pas également vrai de dire qu'il y ait doute, par cela seul, que le législateur ne s'est pas prononcé d'une manière explicite. Il est certain, au contraire, que très-souvent le législateur ne s'exprime pas

positivement sur ce point, et que, cependant, il entend que l'acte fait contre sa volonté soit annulé par le juge.

Or, l'interprétation dont nous allons poser les bases, et déterminer les règles, consiste précisément à rechercher dans quel cas la volonté du législateur ne doit pas être douteuse, quoiqu'elle n'ait point été formellement exprimée — Une pareille interprétation ne doit rien ajouter ni retrancher à cette volonté, puisque son objet est uniquement d'exposer le sens naturel et régulier de la loi.

Cette interprétation est tellement indispensable, que, sans elle, il serait impossible de rendre la justice, *maximes du droit public*, vol. 6, pag 3; et qu'il serait nécessaire d'y recourir, lors même que la loi l'aurait défendu; car il n'est pas au pouvoir de la loi de décider qu'on ne s'assurera pas des sens qu'elle exprime. Barth. in leg. omnes populi 9 ff. de just. et jure.

305 Une pareille interprétation est surtout nécessaire en matière de nullités. Dans les dispositions qui s'y rattachent, le législateur ne peut pas toujours s'expliquer sur l'importance de la disposition qu'il prescrit; souvent il lui est impossible de prévoir les conséquences d'une infraction, les dangers que peut avoir pour l'ordre public l'existence d'un acte fait contre sa volonté, les moyens que la fraude peut employer pour éluder une prohibition. Très-souvent aussi il ne peut prévoir des circonstances qui doivent rendre les dispositions de la loi plus ou moins essentielles, qui

peuvent les rendre inutiles et sans objet, ou même contraires à l'ordre qu'elles avaient eu pour objet de conserver.

Ajoutons, d'ailleurs, que si le législateur avait annulé indistinctement tous les actes faits en opposition à la loi, il aurait en quelque sorte paralysé l'esprit et la conviction des magistrats, en les obligeant de comprendre, dans une même proscription, les actes les plus contraires à l'ordre public, et ceux dont l'existence n'offrirait aucun danger; qu'enfin en les privant du droit d'examiner et d'apprécier les faits, il les aurait empêchés de juger.

Comme aussi, si en faisant une injonction ou une défense, le législateur avait dit ou même donné à penser que les actes faits au mépris de cette injonction ou de cette défense, n'en devaient pas moins être maintenus, la loi aurait été frappée d'impuissance, elle n'aurait plus été qu'un vain précepte, un inutile conseil.

306. Disons-le donc, il n'y a que l'interprétation qui puisse faciliter l'application des lois, dans la partie de leurs dispositions qui a pour objet la forme et les conditions nécessaires à la validité des actes et des conventions; et c'est pour faciliter cette application, que nous avons fait choix des règles qui nous ont paru les plus justes, et en même temps les plus fondées en droit.

307. Avant d'en faire l'examen, nous avons dû combattre une opinion admise par plusieurs jurisconsultes, et qui nous a paru contraire aux principes les plus

élémentaires, du droit et de la raison. Cette opinion consiste à prétendre qu'il est dans la loi des expressions solonnelles, qui, quoique détournées de leur signification primitive, n'en offrent pas moins une indication certaine de la volonté du législateur. Suivant cette opinion, il y a toujours nullité quand la loi s'est servie des termes *ne peut*; Merlin, en son Rép. de Jurisprud. V° nullité, § 1, n. 3; au contraire, il n'y a pas nullité lorsque le législateur, voulant exprimer le caractère d'un acte fait en opposition à la loi, a dit que cet acte *ne serait pas valable*. Toulier, tom. 8. pag. 473, n. 319.

Cette opinion nous paraît fausse et dangereuse; elle ne tend rien moins qu'à subordonner la pensée de la loi à la plume plus ou moins fidèle d'un rédacteur, et à faire dégénérer en discussions grammaticales, des questions dont la solution peut souvent intéresser l'ordre public; elle est, par cela même, contraire à la nature des choses : nous allons le prouver en examinant les deux propositions soutenues, l'une par M. Merlin, l'autre par M. Toulier.

308. Est-il exact de dire *qu'il y a nullité toutes les fois que la loi s'est servie des termes* : *ne peut*. Cette proposition est-elle juste? est-elle fondée sur une disposition de la loi? est-elle conforme à la volonté du législateur? — Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la négative.

309. Dans l'origine, on fit résulter cette proposition de la loi 5, cod. de leg. ainsi conçu : « *Nullum enim*

pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videre volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tàm veteres, quàm novellas trahi generaliter imperamus : ut legislatori quod fieri non vult, tantùm prohibuisse, sufficiat : cætera quæ quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere : hoc est ut ea quæ lege fieri prohibeatur, si fuerint facta non solùm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse præcipimus.

310. Plus tard, Dumoulin tira de cette loi, la règle : *Negativa præposita verbo potest tollit potentiam juris et facti*; mais on doit remarquer qu'il ne crut pas la présenter comme une règle générale et absolue ; au contraire, il n'en permit l'usage qu'après examen, et suivant les circonstances, *secundùm subjectam materiam* : ce sont ses propres expressions ; c'est-à-dire, que son opinion fut, que si généralement les dispositions prohibitives étaient présumées prescrites à peine de nullité, cette présomption n'était pas tellement puissante, que le juge ne dût examiner le fait, et qu'il ne pût se déterminer par une présomption contraire.

311. La modification raisonnable qu'un auteur d'un aussi grand mérite que Dumoulin, apporta à la loi Romaine, affaiblit beaucoup l'autorité que celle-ci avait

obtenue sur quelques jurisconsultes d'un second ordre; elle produisit même cet effet, que la loi fut totalement abandonnée par les jurisconsultes et les magistrats les plus éclairés. C'est ce qu'atteste Alciat dans ses paradoxes, liv. 3, chap. 4. « *Negativam verbo posse antepositam non excludere omnem potentiam, quod in nostra hæc tempora opinati sunt juris periti.*

312. Enfin, la loi 5, et la proposition même de Dumoulin, perdirent toute leur autorité par la promulgation des anciennes ordonnances royales; notamment de celle de 1667. On lit, en effet, dans ces ordonnances, un grand nombre de dispositions conçues en termes prohibitifs, et dans lesquelles néanmoins on ajouta la peine de nullité. Évidemment cette précaution eut été inutile, si le législateur eut accordé la moindre importance à la règle ci-dessus.

313. Depuis lors, celle-ci n'a trouvé place que parmi les subtilités du droit; et si quelques jurisconsultes de mérite l'ont accueillie, ce n'est que sans examen, et en quelque sorte par l'effet d'une considération aveugle pour le savant maître qui l'avait écrite dans ses ouvrages. — Comment, d'ailleurs, pourrait-elle supporter le moindre examen?

Nous l'avons dit, elle n'est point juste, elle n'est point fondée sur la nature des choses. Est-il bien vrai, en effet, qu'il y ait une différence dans la nature des lois prohibitives, et des lois impératives? Nous ne saurions le penser.

Sans doute elles ont un objet différent, puisque les unes *commandent* certaines choses, tandis que les autres *défendent*, soit d'une manière absolue, soit avec des restrictions; mais cette différence dans l'objet, nous pourrions même dire dans les termes, ne donne pas plus d'autorité aux uns qu'aux autres ; il est des cas où une injonction de la loi se lie essentiellement à l'ordre public, tandis que ses prohibitions sont sans importance ; comme aussi il arrive souvent que la prohibition est absolue, au lieu que l'injonction est peu grave, et, d'ailleurs, subordonnée aux circonstances.

Les lois impératives, de même que les lois prohibitives, sont l'expression de la volonté du législateur. Elles découlent de la même source ; elles ont le même caractère ; elles doivent dès-lors avoir la même autorité: elles ont cela de commun, qu'elles ont plus ou moins d'importance, suivant qu'elles ont pour objet des choses ou des faits qui tiennent plus ou moins à l'ordre public: les unes et les autres se rapportent à une infinité d'actes et de faits différens, et par cela même l'effet de la contravention à leurs dispositions ne peut se déterminer d'une manière générale et absolue.

Lorsqu'on veut juger de la force d'une loi conçue en termes prohibitifs, ou dans laquelle on s'est spécialement servi des mots : *ne peut, ne peuvent*, etc., on ne doit pas perdre de vue que toutes les défenses n'ont point la même importance, qu'elles ne doivent pas être toutes également observées, dans toutes les cir-

constances, et à l'égard des mêmes personnes. De même qu'en matière criminelle, la défense s'aggrave par les faits, l'âge, la raison, de même aussi, en matière civile, elle change à raison des dangers que peut offrir, pour l'ordre public, l'acte fait contre la disposition de la loi; aussi variée, en quelque sorte, que les diverses espèces auxquelles elle peut s'appliquer, sa gravité ne peut être exactement calculée qu'après l'examen du fait ou de l'acte qu'elle a pour objet, et par leurs conséquences, s'ils avaient lieu au mépris de la loi.

Ainsi la prohibition est absolue et d'ordre public, lorsqu'elle a pour objet d'interdire un acte dont l'existence serait contraire aux bonnes mœurs.

Ainsi, quelquefois la défense peut n'être que temporaire, comme, par exemple, lorsque le législateur a dit que la femme *ne pouvait* contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage precédent. (Art. 228, Code civil).

Quelquefois la prohibition n'est faite que pour certaines personnes, à raison de quelques circonstances, en vue de quelque danger qui ne se réalise cependant pas.

Enfin, il arrive souvent que la prohibition ne se rattache qu'à des faits ou des actes accessoires et sans importance.

314. Cela posé, il est évident que *défendre de faire* un acte, ce n'est pas *annuler* cet acte, s'il est fait mal-

gré la défense; et que, par conséquent, la maxime de Dumoulin, de laquelle il résulterait que la nullité serait toujours, et dans tous les cas, la suite d'une infraction à une loi prohibitive, n'est point fondée sur la nature des choses.

Elle ne peut donc pas être entrée dans la pensée du législateur; comment, d'ailleurs, supposerions-nous qu'il ne s'est jamais servi des expressions *ne peut*, etc., et qu'il n'a jamais fait des lois prohibitives, sans avoir présente à l'esprit la maxime de Dumoulin, et sans avoir la volonté de s'y conformer? Une pareille supposition est invraisemblable, elle ne repose sur rien; et nous devons croire que si le législateur avait eu intention de donner autorité à cette maxime, il l'aurait érigée en loi; et par là, il aurait dissipé tous les doutes. — Tel avait été son projet, mais il fut obligé d'y renoncer.

315. Lors de la présentation au Conseil-d'état du titre 4 du livre préliminaire qui fut mis en tête du projet du Code civil, on lisait dans l'art. 9 : « *Les lois* « *prohibitives emporteront peine de nullité, quoique cette* « *peine n'y soit pas formellement exprimée.* »

Cet article fut rejeté; on n'en dit pas le motif, mais ce fut sans doute, parce que l'on sentit que son application serait impossible, ou tout au moins qu'elle offrirait de grands dangers.

316. Plus tard, et dans le Code de procédure civile, le législateur posa une règle incompatible avec la ma-

xime de Dumoulin ; il dit dans l'art. 1030 : « Qu'aucun « exploit ni acte de procédure ne pourrait être déclaré « nul, si la nullité n'en était pas formellement pro- « noncée par la loi. » — Il semblait que tous les doutes devaient être dissipés par cette disposition ; et cependant quelques auteurs prétendirent que l'art. 1030 était sans application aux lois conçues dans des termes prohibitifs. Mais la Cour de cassation fit justice de cette nouvelle prétention ; et par son arrêt du 1.er septembre 1813, rapporté par Sirey, vol. 14, part. 1.re, pag. 67, elle jugea que la disposition de l'art. 1030 devait être suivie à l'égard des lois prohibitives, comme à l'égard des lois impératives.

317. Il est bien vrai qu'on ne trouve pas une disposition pareille dans le Code civil, mais cela est indifférent, puisque par le rejet de l'art. 9, du tit. 4, du livre préliminaire du Code civil, le législateur avait assez clairement manifesté sa volonté, et que toute autre explication était inutile. Mais ce qui a dissipé tous les doutes, c'est que le Code civil renferme plusieurs dispositions, dans lesquelles sont employés ces mots : *ne peut* et *ne pourra*, etc., et dont l'inobservation n'entraîne pas nullité ; tandis qu'il en est d'autres, conçus dans les mêmes termes, et auxquels le législateur a cru devoir ajouter la clause irritante. Art. 64, 65, 144, 160, 228, etc.

318. A l'occasion de ce dernier article, qui défend à la femme de contracter un second mariage, dix mois

avant la dissolution du premier, M. Locré dit *dans son Esprit du Code civil :* « Plusieurs cours auraient désiré que « le législateur ajoutât à cet article la peine de nullité, « mais le Conseil-d'état ne crut pas devoir le faire ; en « effet, quelle peine imposer? La nullité du mariage; « c'était trop pour la contravention à une loi de simple « précaution, qui, ne tendait ni directement, ni in- « directement à réprimer des désordres graves. *Il suffi- « sait donc d'en faire la défense,* et de s'en rapporter à la « fidélité de l'officier de l'état civil du soin de la faire « observer. »

Donc, nous avons eu raison de le dire, dans l'esprit du législateur, *défendre qu'un acte soit fait,* ce n'est pas toujours *le déclarer nul* s'il a été fait.

319. La Cour de cassation a consacré ces principes dans l'espèce suivante.

Marie Berry était veuve depuis moins de dix mois, lorsque le 11 thermidor an XI, elle convola en secondes noces avec le sieur Verchères, qui, par contrat de mariage, lui fit donation de tous ses biens présens et à venir. Le sieur Verchères étant décédé, Marie Berry se mit en possession des biens de l'hérédité ; mais les héritiers du défunt attaquèrent la donation et le mariage du 11 thermidor an XI ; ils soutinrent que cette femme s'étant remariée avant que dix mois se fussent écoulés, depuis la mort de Pierre Heno, son premier mari, le second mariage avec le sieur Verchères était radicalement nul, aux termes de l'art. 228, Code civil ; d'où ils

conclurent que la donation contractuelle devait être déclarée caduque, comme faite en faveur d'un mariage nul et non avenu.

Un jugement du tribunal civil de Charoles, du 21 thermidor an XII, accueillit cette prétention, et prononça la nullité du mariage et de la donation. — La cour de Dijon saisie de l'appel, infirma le jugement de première instance, par arrêt du 3 juillet 1807. Les héritiers Verchères se pourvurent en cassation; mais par arrêt de la section civile, du 29 octobre 1811, au rapport de M. Liger de Verdigny, et sur les conclusions de M. Daniel; la cour, vu l'art. 228, Code civil, *attendu que cet article n'a pas attaché à la prohibition qu'il renferme la peine de nullité du mariage;* que cette prohibition n'est pas rangée parmi les causes des demandes en nullité de mariage, dont il est traité au chap. 4, tit. 5, liv. 1 du Code; attendu qu'en effet il y aurait une rigueur exagérée à annuler l'acte le plus important et le plus favorable de la vie civile, par l'application trop étendue de cet article du Code, *qui ne crée qu'un empêchement temporaire,* qui n'est que de précaution et de police; tandis que pour remplir le vœu, pour en assurer l'exécution, et pour prévenir les inconvéniens possibles de la précipitation des secondes noces, il est des moyens suffisans dans l'attention plus exacte des officiers de l'état civil, et dans la surveillance active des magistrats exerçant le ministère public, d'où il suit, que la cour de Dijon en ne reconnaissant pas et en ne prononçant pas la

nullité du second mariage de Marie Berry, veuve Verchères, n'a pas violé l'art. 228, Code civil, rejette, etc. — Voir encore les arrêts rapportés par Sirey, vol. 9, 1. 168. vol. 12, 1. 46. vol. 14, 1. 67.

320. Nous devons dire qu'il a été rendu plusieurs arrêts, dans lesquels la cour de cassation semblerait avoir reconnu l'autorité de la maxime de Dumoulin. Mais, si on examine les faits à raison desquels sont intervenus ces arrêts, on y trouve la preuve que, lorsque la cour a maintenu l'annulation des actes faits au mépris de lois prohibitives, ou de lois dans lesquelles étaient employées les expressions *ne peut* et *ne pourra*, ce n'a été qu'après l'examen du fait, et parce que les actes, dont l'appréciation lui était soumise, étaient contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou privés de quelqu'une de leurs qualités constitutives.

Peu importe donc que dans les considérans, la Cour de cassation ait dit, comme dans son arrêt du 4 décembre 1818, Sirey 19. 1. 177. que les expressions *ne pourront*, sont en même temps prohibitives, impératives et absolues, puisqu'il est certain que dans l'espèce de cet arrêt, la prohibition de la loi était effectivement essentielle, absolue. Il n'est pas permis de douter, en lisant cet arrêt, que la cour de cassation s'est déterminée par la nature de la contravention, et nullement par la considération que le législateur aurait employé cette expression plutôt que d'autres.

321. Disons-le donc, la maxime de Dumoulin est

sans autorité parmi nous; elle est repoussée par la loi et la jurisprudence; elle est contraire aux règles ordinaires d'interprétation et de justice.

322. Il nous reste à dire un mot sur la seconde proposition, celle d'après laquelle, déclarer un acte non valable, ce n'est pas le déclarer nul : « L'acte nul, dit « M. Toulier, vol. 8, pag. 473, n. 319, de son cours « de droit civil, est celui qui n'a jamais existé, qui « n'existe pas, et qui est de nul effet, *quæ si fuerint « facta non solùm inutilia sed pro infutis etiam habeantur*, « leg. 5, cod. de leg. — Au contraire, l'acte non va- « lable n'est pas nul, il n'est pas comme s'il n'existait « pas; il manque de force, il est vrai, il n'a pas en lui « *vim probandi*, mais il peut l'acquérir; il n'a pas la « force nécessaire pour déterminer le juge, mais il « peut et doit être pris en considération, et quelque- « fois le magistrat lui attribue une existence et une « force entière, lorsque des circonstances suffisantes « ajoutent à ce qu'il lui manque de force. »

M. Toulier fortifie son raisonnement par les termes de l'art. 1325, Code civil. Cet article est ainsi conçu : « Tous actes sous seing privé, qui contiennent des conventions synallagmatiques, *ne sont valables* qu'autant qu'ils sont faits en autant d'originaux, qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, etc. etc. » « Or, « dit-il, il est certain qu'à défaut du fait double ou « triple, l'acte sous signature privée n'est point nul, « il peut servir de commencement de preuve par écrit,

« il peut être fortifié par une foule de circonstances. »

Si M. Toulier eût seulement voulu dire qu'il y a des actes absolument nuls, et d'autres qui ne font que manquer de force, il aurait eu une idée parfaitement juste, et que personne n'aurait été fondé à contester. Mais prétendre que lorsque le législateur avait dit « qu'un acte qui ne serait point fait dans telle forme « et sous telles conditions, *ne serait point valable,* » c'était tout comme s'il avait exprimé l'idée que l'acte ne fût point nul, et qu'il fût seulement imparfait et manquant de force, c'est là une erreur que nous avons cru devoir relever.

323. Dans leur sens naturel et grammatical, les mots *nul* et *non valable* ont la même signification; ils indiquent également ce qui est nul, ce qui ne vaut point, ce qui ne doit point produire d'effet.

Dans le langage de la loi, ces mots conservent leur signification grammaticale, ils expriment la même idée; si le législateur eût voulu changer leur signification propre, il n'eût pas manqué de le dire; son silence prouve qu'il n'a pas eu cette intention; car, ainsi que le dit avec raison Burlamaqui, Principes du droit de la nature et des gens, chap. 15, de la manière d'interpréter les conventions et les lois, « *tant qu'il n'y a* « *point, d'ailleurs, de conjectures suffisantes qui obligent de* « *donner aux termes un sens particulier, on doit les prendre* « *dans celui qui leur est propre, suivant l'usage commun et* « *populaire.* »

Le jurisconsulte Alciat avait dit avant lui : *Ab omnibus traditum est, ut in quâcumque materiâ etiam si pœnam irroget ea tenùs verba generaliter capi, quatenùs sermonis proprietas ferre potest nisi aliam loquentis mentem conjiciamus.* (De verbo signif. lib. 1).

Enfin, la loi Romaine avait fait de ce principe une règle d'interprétation des testamens. *Non aliter à significatione verborum recedi opportet quàm cum manifestum est aliud sensisse testatorem.* Leg. 69. ff. de legibus. Il faut que la volonté du testateur de changer la signification propre des mots dont il s'est servi soit *manifeste*, sinon, sa volonté ne sera point suivie.

324. Cette règle une fois reconnue, existe-t-il dans la loi, la preuve, la présomption même, que le législateur ait eu en vue de changer la signification propre des mots : *non valable ?* y a-t-il dans la loi une seule disposition qui établisse ainsi que le voulait la loi Romaine, *qu'il soit manifeste*, que le législateur a eu cette intention ? Une pareille disposition n'existe pas, et M. Toulier n'en indique aucune qui puisse même être présumée devoir produire cet effet. L'art. 1325 qu'il cite, ne prouve rien ; et si l'acte dont il parle peut servir de commencement de preuve par écrit, ce n'est pas parce que le législateur a dit *qu'il serait non valable*, s'il n'était pas fait autant d'originaux que de parties intéressées, mais bien parce que cet acte rentre dans l'application des principes que nous expliquerons ci-après, chap. 3, sect. 1.re. Ce qui le prouve, c'est que

dans plusieurs articles du Code, on retrouve les mêmes expressions, avec un sens tout différent. Art. 948, 970, 1050, 1241, 1242, etc., etc.

Disons-le donc avec confiance, il est impossible d'admettre que le législateur ne se soit servi des mots *acte non valable*, qu'avec la restriction dont parle M. Toulier; il est sûr, au contraire, qu'il a indifféremment employé ces expressions pour exprimer l'acte absolument nul, comme dans les articles que nous avons cité, et l'acte seulement manquant de force, comme dans l'art. 1325.

325. Telles sont les observations que nous avons cru utiles, pour prouver le peu de justesse de deux propositions adoptées par M. Merlin et M. Toulier. La science profonde de ces deux jurisconsultes, a dû nous faire hésiter à les combattre. Aussi, n'est-ce qu'après un examen approfondi, que nous avons persisté dans nos premières idées, et que nous avons acquis la conviction de l'erreur dans laquelle ils étaient tombés.

La même étude nous a également convaincu que toutes les fois que le législateur n'a point prononcé expressément la nullité d'un acte, pour cause de contravention à une loi, il y a doute; que quelques soient les expressions dont il s'est servi, les juges doivent toujours rechercher quelle a été sa volonté, ce qu'ils ne peuvent et ne doivent faire qu'en observant les indices généraux et ordinaires que l'on est dans l'habitude de reçonnaître en pareille matière. (Burlamaqui loc. cit.

pag. 546 et suiv.). que se déterminer seulement par les expressions dont il s'est servi, en les éloignant de leur signification propre, c'est de toutes les interprétations la plus arbitraire, et par cela même, la plus contraire à l'esprit général de la législation et à l'ordre public.

326. Après avoir ainsi combattu les diverses opinions qui se sont formées sur la manière d'interpréter les lois en matière de nullités, nous devons faire connaître les règles que la raison, la loi, et la jurisprudence, nous indiquent comme les plus incontestables et les plus sûres.

327. Une première règle qu'on doit considérer comme fondamentale, c'est que lorsque la loi prononce la nullité d'un acte, le juge ne peut se dispenser de la prononcer : il ne lui appartient pas de la modifier ou de la restreindre par quelque considération que ce puisse être. « Le juge, disait l'immortel auteur de l'Es-« prit des lois, n'est que la bouche qui prononce la « parole de la loi, un être inanimé qui ne peut en « modérer ni la force ni la rigueur. »

328. Les anciens Parlemens eux-mêmes, malgré leur droit de remontrances, ne se permirent jamais de méconnaître cette règle. C'est ce qu'atteste le président Henault, dans son abrégé de l'histoire de France, tom. 2, pag. 953.

329. Aussi doit-elle être suivie, lors même que l'acte dont la loi prononce la nullité, ne paraîtrait

dangereux sous aucun rapport, et que l'on ne pourrait se rendre raison du motif qui aurait porté le législateur à la prononcer. Le magistrat doit penser que le législateur a eu ses raisons, bien qu'il ne les ait pas données à connaître, *non omnium quæ à majoribus constituta sunt ratio reddi potest.* Leg. 20, ff. de legibus.—C'est ce qui résulte des dispositions de l'art. 1029 du Code de procédure civile, qui dispose qu'aucune des nullités...... prononcées dans le Code n'est comminatoire. —Cela résulte encore de nombreuses décisions, indiquées dans nos recueils; on peut lire notamment un arrêt de la Cour de cassation, en date du 25 mai 1814, rapporté par Sirey, vol. 14, part. 1, pag. 282.

330. Une deuxième règle qu'on peut regarder aussi comme fondamentale, c'est que les nullités étant une véritable peine, sont de droit étroit, et que le juge ne peut en reconnaître d'autres que celles que le législateur a lui-même reconnues. L'art. 1030 du Code de procédure, porte expressément : « Aucun exploit ni acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. »

331. Cette disposition particulière aux actes de procédure, a été étendue par la jurisprudence aux autres matières du droit; circulaire du Ministre de la justice au Commissaire du gouvernement, près la Cour de cassation, du 10 prairial an XI.—Arrêt de la Cour de cassation, en date du 5 janvier 1810, rendu par les

sections réunies; sous la présidence du grand juge, et sur les conclusions du procureur général Merlin.

La nouvelle jurisprudence n'a fait, à cet égard, que confirmer l'ancienne; voici, en effet, ce qu'on lit dans Mornac, sur la loi 1re de procurat et defens. « *Valere nihilhominùs acta quælibet in quibus peccatum in aliquo fuerit adversùs edicta regia, si verò adjectum non sit ratum alias non fore quod geritur, ut aut vulgò loquimur:* s'il n'est dit, *sous peine de nullité.* »

332. Enfin, une troisième règle qui fait le complément des deux précédentes, et sans lesquelles il serait souvent impossible d'en faire l'application, c'est qu'il n'est pas nécessaire pour qu'un acte soit annulé, que la nullité soit formellement prononcée; il suffit que la volonté du législateur ne puisse pas être révoquée en doute. C'est la conséquence du principe, que la loi défend non-seulement ce qui est compris dans ses termes, mais encore ce qui est compris dans son esprit. *Lex imperat et vetat non solùm quod verbis sed et quod sententià continetur.*

333. Mais comment se pénétrer de la pensée du législateur, quand il ne l'a pas formellement exprimée? comment suppléer au silence qu'il a gardé? Dans quel cas le magistrat devra-t-il maintenir l'acte fait en contravention à la loi?

Le juge doit se mettre à la place du législateur, et porter la solution que ce dernier donnerait lui-même à la question proposée, s'il était appelé à la résoudre.

Interpretatio, dit Wesembec aux Inst., *idem operari debet quod ipsa lex.* Il doit surtout examiner la cause qui a fait soumettre l'acte à la formalité dont on a négligé de le revêtir. *Interpretatio in qualibet dispositione secundùm eam causam fieri debet ob quàm dispositio facta est et verba prolata sunt.*

Pour parvenir à ce résultat, le magistrat doit chercher à connaître :

1° La nature de l'acte ou du fait prohibés ou prescrits sous telles conditions ou dans telle forme ;

2° Le sens propre et grammatical des mots dont le législateur s'est servi pour exprimer sa volonté ;

3° Le rapport de ces expressions avec celles qui appartiennent plus spécialement au langage de la loi ;

4° Le rapport de ces mêmes expressions, lorsqu'elles sont équivoques, avec d'autres qui sont claires, précises, et qui ont été employées par le législateur, car alors les uns s'expliquent par les autres : *incivile est nisi totâ lege perspecta unâ aliquâ ejus particulâ propositâ judicare, vel respondere.* Leg. 24, ff. de leg.

5° Les conséquences qui résulteraient du maintien de l'acte ou de son annulation ; dans le doute, il faut toujours prendre le parti le plus juste : *omnis enim interpretatio fondari debet in æquo et bono, et debet habere istos comites, scilicet, bonum et æquum.* Dumoulin ; Cout. de Paris, § 37, glose 1.re, n. 48.

334. Il sera bien rare que cet examen, fait avec soin, ne mette pas le juge dans le cas de connaître la

pensée du législateur, et de décider ce que celui-ci déciderait lui même, si la question proposée lui était soumise. Il sera presqu'impossible qu'il n'y trouve pas un indice sûre pour la détermination qu'il devra prendre, d'annuler l'acte ou de le maintenir: et si, dans quelques circonstances, il se trouve dans l'impossibilité d'éclairer sa conscience, de former sa conviction, il validera l'acte, par cette double considération, que, dans le doute, on doit se prononcer pour la validité des actes; et d'un autre côté, que toute interprétation doit se faire contre celui qui, se trouvant dans l'obligation de faire connaître sa volonté, ne l'a fait que d'une manière imparfaite. *Contrà eum qui dicere legem potuit interpretatio est facienda*, suprà n. 23 et 25. — Voir aussi la loi: *veteribus*, etc., ff. de pactis.

335. Jusqu'ici nous avons indiqué les règles fondamentales de l'interprétation des lois; il nous reste à exposer les règles plus spéciales de cette interprétation, et qui seront aux premières ce que la pratique est à la théorie. Voici celles que la raison, la loi de la jurisprudence nous ont paru consacrer.

336. *Règle première.* Toute disposition impérative ou prohibitive qui a pour objet l'exercice ou la conservation d'un droit naturel est, en général, essentielle et absolue, et doit être observée à peine de nullité. « La « loi naturelle, disait la Cour de cassation, dans un « arrêt du 7 décembre 1822, rapporté par Sirey, vol. « 23, part. 1.re, pag. 5, autorisée et confirmée par

« la loi positive, donne à celle-ci un effet plus étendu,
« plus imposant, plus rigoureux, qui rend son exécu-
« tion tout-à-fait essentielle et indispensable. » — Voir un autre arrêt du 19 décembre 1817, rapporté par Sirey, vol. 18, part. 1.re, pag. 170; et autre arrêt du 10 février 1819, même recueil, vol. 19, part. 1.re, pag. 323.

Ce serait en vain que pour se soustraire aux effets de l'inobservation de pareilles dispositions, on prétendrait que le législateur n'ayant point prononcé la peine de nullité, on a ignoré les suites de l'infraction; car, comme ces dispositions sont basées sur la loi naturelle, elles ont dû être connues de tous sans exception, même de ceux qui ne se sont livrés à aucune étude. *Neque enim in eâ re, rusticitati venia præbeatur.* Leg. de in jus vocand. cod.

Les conséquences de cette première règle sont importantes et nombreuses, ainsi :

337. 1° Toutes les conditions exigées, et les formalités prescrites par le législateur comme nécessaires pour assurer le droit de la légitime défense, sont substantielles, et sont présumées avoir été prescrites à peine de nullité. Peu importe que le législateur ne s'en soit pas formellement exprimé; car du moment qu'il a pensé que ces formalités et ces conditions étaient nécessaires, comme garantie d'un droit aussi sacré que celui dont nous parlons, l'omission d'une de ces formalités ou de ces conditions, fait supposer que celui

au préjudice de qui cette omission a eu lieu, n'a pas pu se défendre convenablement. Voir trois arrêts de la Cour de cassation, rapportés par Sirey, vol. 23. 1. 377, 378 et 421.

338. 2° Toute disposition ou acte qui aurait pour objet d'enlever à un père les droits que la nature lui donne en sa qualité de père, et ceux que la loi lui confirme, ou lui confère en cette qualité, et comme une conséquence de cette qualité, est nul, de nullité absolue, peu importe que le législateur n'ait pas formellement prononcé cette peine

Par exemple, l'art. 384 du Code civil veut que le père, durant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère aient la jouissance des biens de leurs enfans jusqu'à l'âge de dix-huit ans accomplis, ou jusqu'à l'émancipation qui pourrait avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans. — L'acte par lequel le père déclarerait abandonner cet usufruit, ne le lierait pas, il pourrait revenir contre sa renonciation.

La seule exception permise à cette disposition de l'art. 384, est portée par l'art. 387, qui dispose que cette jouissance ne doit pas être étendue aux biens que les enfans pourront acquérir par un travail ou une industrie séparée, ni à ceux qui leur seront donnés ou légués sous la condition expresse que le père ou la mère n'en jouiront pas. — Cette exception étant spéciale, portée dans l'intérêt des enfans, et pour les en-

courager au travail, ne fait que confirmer la règle générale, et ne doit pas être étendue à d'autres cas.

339. 3° Est également nul, de nullité radicale, tout acte par lequel l'homme renoncerait à sa liberté, si ce n'est dans les cas et de la manière autorisée par la loi. — Il est évident, en effet, que du moment que l'on se soumet au pouvoir arbitraire d'un autre, on se met dans l'impossibilité de remplir ses devoirs.

Ainsi, l'acte par lequel un individu se soumet à la contrainte par corps, hors des cas déterminés par la loi, ne doit point recevoir d'exécution, art. 2063 du Code civil; du moins, quant à la partie de cet acte, qui établit la contrainte par corps; car l'engagement, s'il a une cause légitime, doit être maintenu.

Il a été jugé avec raison, que le souscripteur d'un billet à ordre qui, pour procurer à son créancier le droit de le contraindre par corps, s'est faussement qualifié *marchand*, peut, lors des poursuites qu'on intente contre lui, faire annuler le billet à ordre, en tant qu'il serait considéré comme conférant juridiction aux tribunaux de commerce, et le faire considérer comme une simple promesse. Arrêt de la Cour de Bruxelles, rapporté par Sirey, vol. 12, part. 2, pag. 168.

340. On ne doit pas perdre de vue que les lois naturelles ne doivent être observées, à peine de nullité, qu'autant qu'elles sont sanctionnées par la loi civile; c'est dans ce sens que la règle que nous examinons, a été consacrée par la jurisprudence. Le défaut de sanc-

tion civile établit, en général, la présomption que la loi naturelle, à laquelle il a été contrevenu, n'est point absolue, et que son exécution n'est point rigoureusement prescrite.

341. 2.e *Règle*. Toute disposition prohibitive ou impérative, qui ne repose que sur une disposition variable et arbitraire, est présumée non essentielle; l'acte, fait au mépris de ses dispositions, ne doit être annulé qu'autant que le législateur en a manifesté l'intention d'une manière certaine. — Cette règle est la conséquence de celle que nous venons d'indiquer.

342. 3.e *Règle*. Toute disposition qui intéresse directement et principalement l'ordre public et les bonnes mœurs, doit être rigoureusement observée, peu importe qu'elle ne prononce pas formellement la nullité des actes faits contre le vœu du législateur. Arg. des art. 6, 900 et 1133 du Code civil, et 1004 du Code de procédure civile. Il ne serait pas raisonnable de supposer que le législateur qui a pris soin de faire des lois nécessaires au maintien de l'ordre public, ait pu vouloir qu'on tolérât l'existence des actes diamétralement opposés au but qu'il s'était proposé.

Cette règle est fondamentale; elle tient en quelque sorte à l'organisation de toutes les sociétés civilisées; et les conséquences qui en résultent, sont d'une grande importance. Nous allons en faire connaître quelques-unes.

343. *Premièrement*: Le droit de juridiction ne peut

être exercé que par le tribunal qui en a reçu le pouvoir de la loi, ou des parties, dans les cas où elles ont le droit de proroger la juridiction. Tout jugement, décision ou acte qui seraient émanés d'une autorité qui n'était point compétente, sont nuls de nullité absolue, bien que cette nullité ne soit point formellement prononcée, suprà n. 165 à 168.

Par exemple, un jugement ou acte de l'autorité judiciaire, par lequel un tribunal se serait immiscé dans les matières attribuées aux autorités administratives, sont nuls de plein droit, bien que la nullité ne soit pas formellement prononcée; loi du 24 avril 1790, tit. 2, art. 2, art. 127, § 2 du Code pénal; arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1819, au Bull. offi.

Spécialement les tribunaux ne peuvent, sous aucun prétexte, changer, modifier les réglemens de police, ni y ajouter. Cette règle est absolue, et n'admet aucune exception. Toute décision qui y contreviendrait directement ou indirectement, serait radicalement nulle, bien que le législateur ne l'ait point dit formellement; arrêt du 28 août 1818.

Par exemple encore, un jugement du tribunal de commerce, qui statuerait sur une matière purement civile, seraitabsolument nul, et n'obligerait pas les parties. Les tribunaux de commerce n'ont, en effet, qu'une juridiction exceptionnelle, dont les limites ne peuvent point être étendues arbitrairement.

Enfin, il est de principe qu'en matière civile, il

doit y avoir deux degrés de juridiction, et qu'il ne peut être dérogé à ce principe, que dans les cas déterminés par la loi, et lorsque, dans l'intérêt des parties, pour abréger le procès, et simplifier les procédures, elle a cru devoir y apporter quelques modifications : il en résulte que tous jugemens ou actes qui auraient pour objet de priver une partie de l'un de ces deux degrés, d'une de ces deux garanties, hors des cas d'exception prévus par la loi, sont nuls radicalement; loi du 1.er mai et 24 août 1790; arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1817. Sirey, 18. 1. 298.

Ces principes sont tellement absolus, et tiennent de si près à l'ordre public, que les tribunaux saisis d'une cause dont ils ne doivent point connaître, doivent d'office se déclarer incompétens, art. 170 et 424 du Code de procédure civile. S'ils ne le font pas, et s'ils jugent, leur décision est radicalement nulle. — La partie condamnée est recevable à proposer cette nullité, bien qu'elle n'ait pas proposé le déclinatoire; arrêt de la Cour de cassation, sections réunies, en date du 16 pluviôse an XI. — Il y a plus; cette partie serait recevable à demander la cassation d'un jugement en dernier ressort, qui, sur sa propre poursuite, aurait été rendu dans la forme criminelle, tandis que, d'après la nature de l'affaire, il devait l'être dans la forme civile. Cour de cassation du 23 juillet 1807.

344. *Secondement:* un acte est nul, s'il a été fait par celui qui n'avait point le pouvoir de le faire, suprà n.

165 et suiv. ; il n'est pas nécessaire que le législateur ait prononcé la nullité, ainsi il a été jugé, et nous devons tenir pour certain :

1° Qu'un mariage qui aurait été célébré par un officier de l'état civil incompétent, serait nul, bien qu'il n'existe pas de texte de loi qui prononce cette nullité. Arrêt de la Cour de cassation du 2 décembre 1807.

2° Qu'un exploit signifié par un huissier, hors de son ressort, était nul, bien qu'aucun texte de loi ne portât cette nullité. Arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1811.

3° Que la signification d'un jugement de défaut, par un huissier qui n'était commis ni par jugement, ni par ordonnance, était radicalement nulle, bien que la loi ne prononce pas cette nullité. Arrêt de la Cour royale d'Agen, du 6 février 1806, rapporté par Sirey, vol. 14. 2. 193.

Nous aurions désiré que le législateur eût annulé la signification d'un jugement de défaut, lorsque l'huissier commis aurait été le même qui avait fait les premiers actes. N'est-il pas évident, en effet, que si le législateur a voulu que tout jugement de défaut ne pût être signifié que par un huissier spécialement commis, c'est par le motif que, soit à raison de la collusion de l'huissier avec le demandeur, soit pour une autre cause, le défendeur a pu ne pas recevoir la copie, et qu'il importe de s'assurer que le jugement de défaut lui sera connu. Or, quelle garantie promet à la

justice la commission donnée à l'huissier qui a fait les premiers actes? Comment penser que s'il a été assez corrompu pour supprimer la copie de l'exploit introductif d'instance, il mettra plus d'exactitude à remettre la copie du jugement? N'est-il pas à craindre qu'ayant commencé la fraude, il voudra la finir?

La commission donnée en pareil cas à un huissier, nous paraît une inconséquence des plus graves; elle est en opposition avec les motifs de la loi; elle supprime entièrement la garantie que le législateur avait voulu accorder à un défendeur condamné par défaut; et nous sommes à concevoir comment l'usage a pu introduire un abus aussi dangereux. — Puissent les magistrats en arrêter les funestes effets!

Ce conseil ne peut jamais être dangereux; souvent il peut être utile.

Nous devons faire observer, à raison de l'arrêt de la Cour d'Agen, ci-dessus rapporté, que la nullité qu'il consacre étant basée sur ce que le défaut de commission, à l'huissier, ne donne pas à la justice une garantie suffisante de la signification du jugement de défaut, cette nullité serait sans griefs, et devrait par cela même ne pas être accueillie, si la partie condamnée reconnaissait avoir reçu la copie. Arrêt de la Cour de cassation, du 7 décembre 1813; Sirey 14. 1. 137.

4° Que le défaut de pouvoir du juge qui aurait concouru à un arrêt, emportait nullité, bien que la loi ne l'ait pas formellement prononcée. Arrêt de la Cour

de cassation, du 4 juin 1822, rapporté par Sirey, vol. 22, part. 1.re, pag. 354 et 274.

5°. Qu'un jugement arbitral est attaquable par voie de nullité, s'il juge hors des termes du compromis, (art. 1028 du Code de procédure civile), bien que les parties aient qualifié les arbitres, d'amiables compositeurs, et qu'ils les aient dispensés de toute formalité, qu'elles aient renoncé à l'appel, au recours en cassation, et qu'elles aient déclaré que la décision serait regardée comme transaction souscrite par elles: ce serait sans fondement qu'on prétendrait que l'amiable composition est une transaction; que dès-lors elle ne peut être attaquée que comme on attaque les transactions. Arrêt de la Cour de cassation, du 23 juin 1819, rapporté par Sirey, vol. 20, part. 1.re, pag. 35.

345. Les conséquences que nous venons de tirer de la règle 3 ci-dessus, sont si importantes, et nous pouvons dire tellement absolues, que toutes les formalités requises par le législateur, comme les conditions des pouvoirs du tribunal, du juge, du fonctionnaire, ou comme la preuve que l'acte a été fait ou signifié par un fonctionnaire ayant qualité suffisante, ne peuvent être suppléés, et que leur omission produit la nullité des actes faits au mépris de ces formalités, bien que la loi ne la prononce pas formellement. Voir notamment un arrêt du 4 décembre 1818, rapporté par Sirey, vol. 19, part. 1.re, pag. 177, suprà n. 170.

346. *Troisièmement:* Toutes conventions ou actes,

qui contiendraient une dérogation aux lois qui règlent l'état des personnes, sont nuls de plein droit, comme contraires à l'ordre public. Art. 6, 900, 1133 du Code civil, 1004 du Code de procédure civile.

L'état des personnes consiste dans leur condition sociale ; elles sont enfans légitimes, ou enfans naturels, enfans adultérins ou incestueux ; elles sont mineures ou majeures, interdites ou non interdites, mariées ou non mariées, françaises ou étrangères.

L'état des personnes tient à l'ordre public ; la loi ne permet pas qu'on puisse faire le sacrifice des droits qui le constituent ; et tout ce qui se fait directement ou indirectement au mépris de ces droits, est nul.

On doit donc déclarer radicalement nuls :

1° L'acte par lequel un individu se serait soumis à l'esclavage, ou même l'acte qui tendrait seulement à lui imposer des services perpétuels envers quelqu'un plus. Art. 686 du Code civil, *libertas omnibus rebus favorabilior est.* Leg. 122, ff. de reg. juris.

2° L'acte par lequel un individu se serait obligé à ne pas exercer ses droits politiques ; ou même l'acte par lequel il aurait vendu son vote dans une élection.

3° La convention par laquelle un individu aurait consenti à être frappé d'interdiction.

4° La stipulation volontaire de deux époux pour être séparés de corps et de biens. Art. 307 du Cod. civ.

5° La renonciation que ferait un père à l'autorité que la loi lui donne sur ses enfans.

6° La convention par laquelle un individu consentirait à se donner un état, une qualité, qui devraient le frapper d'incapacité; comme si, par exemple, il consentait à se reconnaître enfant adultérin de quelqu'un.

7° La convention par laquelle un époux renoncerait à la puissance maritale. On a considéré comme constituant une renonciation de ce genre, et annulé par ce motif, toute autorisation générale consentie par un mari à sa femme, suprà n. 68.

Une pareille autorisation ne vaut que pour l'administration des biens de la femme. Mais est-elle suffisante pour que celle-ci puisse toucher tous ses capitaux et fournir quittance, céder ou accepter la cession de créance, etc., etc.?

Cette question n'est pas sans difficultés. En général on considère la perception des capitaux comme un acte d'administration; le père administrateur des biens de ses enfans, le tuteur administrateur des biens de son pupille, n'ont pas le pouvoir d'aliéner, et cependant ils ont qualité pour poursuivre la rentrée des capitaux, et en fournir quittance. Le curateur administrateur d'une succession vacante a le même droit. Comment la femme ne l'aurait-elle pas?

Cela paraîtrait extraordinaire, et cependant cela nous paraît douteux. Il y avait nécessité dans le cas de la minorité, et de la succession vacante, de donner à quelqu'un le pouvoir de toucher les capitaux, et d'en

fournir quittance; s'agissant d'un mineur ou d'un absent, le défaut de qualité pour poursuivre la rentrée d'une créance pouvait la faire perdre, il fallait une activité qui est très-souvent nécessaire pour la conservation de la créance.

Mais relativement à la femme mariée, il n'y a pas de raison de l'affranchir, dans ce cas, de la puissance maritale; elle peut elle-même veiller à ses affaires, obtenir de son mari, ou à son défaut, de la justice, les autorisations nécessaires, et rien ne nous paraît exiger que pour elle, le pouvoir d'administrer comprenne le droit exorbitant d'aliéner indirectement toute une fortune mobilière. La loi nous paraît au contraire s'y opposer: elle ne veut pas que la femme puisse aliéner ses biens sans l'autorisation de son mari, art. 227 du Code civil; elle ne veut pas que cette autorisation puisse être donnée par le mari d'une manière générale et absolue, art. 223 et 1538 du même Code. Donc elle prohibe toute autorisation qui, sans spécialité, donnerait à la femme la faculté indirecte *d'aliéner* toute sa fortune mobilière. Donc elle ne peut vouloir que dans le droit d'administrer se trouve compris le pouvoir de toucher les capitaux de la femme, de les céder. Entendue autrement, la loi serait éludée, et la puissance maritale anéantie dans une infinité de circonstances.

Que les notaires se pénètrent bien des doutes que nous venons de leur exposer; nous n'hésitons pas à penser que la question ci-dessus est une des plus gra-

ves dans l'exercice de leur profession, et que la prudence doit les porter à ne pas accueillir les autorisations dont le résultat serait d'affranchir une femme de la puissance maritale. Les circonstances dans lesquelles l'autorisation a été donnée, et la forme de cette autorisation, peuvent beaucoup les fixer pour savoir s'ils doivent y voir ou ne pas y voir une contravention aux art. 223 et 1538 du Code civil. Dans le moindre doute, ils doivent refuser à la femme le pouvoir de toucher les capitaux; car, en bien des circonstances, percevoir, c'est aliéner, etc. Reconnaître un pareil droit à la femme mariée, c'est violer la loi, et compromettre sa propre responsabilité.

347. 4.[e] *Règle.* Si, au contraire, une loi intéresse principalement les particuliers, son inobservation ne produit la nullité de l'acte ou de la convention, faits contre son vœu, qu'autant que cette nullité a été formellement écrite dans la loi, ou que, par suite de la contravention, l'acte se trouve vicié dans son essence. *Infrà*, *règle* 8.

348. 5.[e] *Règle.* Lorsque le législateur refuse à quelqu'un une qualité pour agir, pour exercer un droit, tous les actes faits par cet individu, et tenant à l'exercice de ce droit, sont nuls, bien que le législateur n'en ait point formellement prononcé la nullité, art. 174, 175, 180, 182, etc., etc., du Code civil. Observez néanmoins que lorsque la qualité n'est pas exprimée dans un acte, et que la loi ne l'exigeait pas à peine

de nullité, s'il arrive que la partie qui l'a consenti ne pouvait pas le faire régulièrement, en une qualité, tandis que sous une autre qualité, elle pouvait le faire valablement, on doit penser qu'elle l'a fait en la qualité qui valide l'acte, et non en celle qui le rendrait nul. Arg. de l'art. 1157 du Code civil, et d'un arrêt de la Cour de cassation, du 20 juillet 1814, rapporté par Sirey, vol. 15, part. 1.re, p. 32.

349. 6.e *Règle*. Les conditions requises par la loi, comme étant nécessaires à l'acquisition ou à la conservation d'un droit, doivent être observées à peine de nullité, quelles que soient les expressions que le législateur a employées. Art. 135, 204, 892, 1311, 1683, 1965, etc., etc., du Code civil; art. 48, 160, 162, 369, 453 du Code de procédure civile; et arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1815, rapporté par Sirey, vol. 16, part. 1.re, pag. 214. — Arrêt de la Cour de Riom, du 26 mai 1818, rapporté par Sirey, vol. 20, 2. 6.

Aussi tient-on pour certain que la loi n'est jamais comminatoire, lorsqu'elle fixe un délai, pour intenter une action, pour acquérir, exercer ou conserver un droit; et bien que le législateur ne s'en soit point formellement exprimé, l'inaction gardée pendant le temps donné, élève une fin de non recevoir, qui annule, dans son essence, l'acte fait tardivement. Art. 1029 du Code de procédure civile. Arg. des art. 957, 1316, etc., du Code civil. — Par exemple, le défaut d'acte d'exé-

cution d'un jugement de séparation de biens, dans le délai de quinzaine, entraîne la nullité de ce jugement, art. 1444 du Code civil, *et de l'instance qui l'a précédé;* arrêt de la Cour de cassation, du 11 juin 1823, rapporté par Sirey, vol. 23, part. 1.re, pag. 317.

Par exemple encore, une décision arbitrale est nulle, si elle a été rendue après l'expiration du délai convenu par les parties dans le compromis. Art. 1028 du Code de procédure civile.

350. Au contraire, la loi est le plus souvent comminatoire dans la fixation des autres délais, en général; tels sont, par exemple, les délais de pure instruction, art. 77, 78, 96, 97, 98, 103, 198, 225, 307, 321, etc., du Code de procédure civile; tels sont encore les délais que les juges accordent aux parties ou à d'autres, pour faire certaines opérations, ou certaines justifications, sans ajouter, *à peine de nullité* ou *de déchéance*, etc.; tels sont, les délais accordés aux notaires pour faire enregistrer leurs actes, etc, etc.

351. 7.e *Règle.* Généralement toute injonction ou toute défense qui sont faites par le législateur, sous la menace d'une peine autre que la peine de nullité, par exemple, sous peine d'une amende, *sont présumées* ne pas autoriser l'annulation des actes faits en contravention à la loi; car il n'est pas vraisemblable que le législateur ait voulu que cette contravention produisît deux peines. Leg. 41. ff. de pœnis.

Mais remarquez, qu'au lieu que quelques auteurs,

notamment Merlin, en son répertoire, V° nullité, tom. 8, pag. 616, n. 2 et 3, ont regardé comme certain que la prononciation d'une peine, excluait toute idée de la nullité de l'acte qui entraînait la première peine : nous ne présentons cette règle que comme établissant une présomption. Cette présomption n'est même ni assez générale, ni assez absolue, pour qu'on ne doive y apporter des exceptions nombreuses. Ces exceptions ont lieu surtout dans les cas, où suivant la règle 8 ci-après, on a la preuve que l'injonction ou la défense tiennent à la substance de l'acte ou de la convention auxquels elles se rapportent. Alors, on peut cumuler les deux peines; la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 5 juin 1823, rapporté par Sirey, vol. 23, part. 1.re, pag. 362, que la peine d'une amende de 500 francs, prononcée contre le greffier, qui avait omis de signer au procès-verbal de Cour d'assises, pouvait être cumulée avec la peine de nullité. — La loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, renferme plusieurs dispositions, dont l'inobservation, quoique punie d'une amende, n'en est pas moins une cause de nullité.

352. 8.e *Règle.* Toutes les injonctions, les défenses, formalités, ou conditions, qui tiennent à la substance d'un acte ou d'une convention, sont faites ou prescrites, à peine de nullité, bien que le législateur n'ait point formellement prononcé cette peine. *Certum enim est corruere actum ex defectû formæ substantialis et statuto-*

riæ, leg. cùm hi 1° §, si prætor ff. de transact.

Au contraire, si l'injonction, la défense, la formalité, ou la condition, ne sont, de leur nature, qu'accidentelles, leur inobservation n'est une cause de nullité, qu'autant que le législateur s'est prononcé à cet égard.

353. La première partie de cette règle semble être en opposition avec les dispositions de l'art. 1030 du Code de procédure, qui veut *qu'aucun exploit, ni acte de procédure ne puissent être déclarés nuls, si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi;* mais la vérité est que l'esprit qui a dicté cet article, n'a nullement voulu contrarier la règle dont nous venons de parler. La raison et le droit ne permettent pas d'abord de supposer que le législateur ait pu vouloir valider un acte vicié dans son essence, et qui, par cela même, ne pouvait point remplir son objet, et la jurisprudence des arrêts et des auteurs a été unanime sur les modifications que recevait dans ce sens l'art. 1030. Lepage, dans ses Questions de droit, pag. 647, n'hésite pas à dire que cet article ne reçoit pas d'application au cas où l'exploit, ou l'acte de procédure, que l'on prétendrait nul, serait infecté de vices qui seraient de nature à le détruire dans sa substance. — MM. Demiau Crousilliac, Beriat de Saint-Prix, Carré, partagent la même opinion. Et nous pouvons dire, sans crainte d'être démenti, que la règle ci-dessus n'est pas contestée.

354. Mais qu'entend-on par formalités ou conditions

essentielles ou constitutives? qu'entend-on par formalités seulement accidentelles?

Les conditions ou formalités essentielles sont celles qui donnent *l'être* à un acte, à une convention; ce sont celles, sans lesquelles un acte ne peut atteindre le but auquel il est destiné.

Les formalités ou conditions accidentelles sont celles qui ne sont prescrites que pour rendre l'acte plus sûr et plus authentique. Ces formalités et conditions sont exigées pour que cet acte parvienne plus exactement au but que le législateur s'était proposé, et leur omission n'empêche cependant pas que la volonté de ce dernier ne soit suivie : *accidentia non mutare propriam rei formam plùs quàm manifestum est.* Julius Clarus, liber 4, § testamentum quæst 18, n° 17 addit.

355. Cette distinction entre les conditions et formalités essentielles, et les formalités ou conditions seulement accidentelles est, suivant nous, le moyen le plus raisonnable et en même temps le plus efficace pour interpréter la loi et apprécier les conséquences d'une infraction à ses dispositions. Elle réduit la solution de toutes les questions basées sur l'omission d'une formalité à l'examen de ce fait : L'acte produit en justice a-t-il rempli son objet, malgré l'omission qu'il renferme? cet acte offre-t-il toutes les garanties que le législateur avait voulu qu'il assurât, lorsqu'il avait déterminé sa forme?

Dans le cas de l'affirmative, n'est-il pas convenable

et juste de maintenir l'acte? la raison ne nous dit-elle pas que cet acte ayant rempli son objet d'une manière certaine, les omissions qu'il renferme sont accidentelles et sans importance, et qu'elles ne produisent qu'une simple imperfection qu'il faut bien se garder de confondre avec la nullité? Le décider autrement ne serait-ce pas accueillir une nullité sans griefs, et reconnaître un effet sans cause? Il est évident que si; nous allons le prouver par quelques exemples.

356. Premier Exemple — Les Jurisconsultes et les Cours du royaume ont décidé d'une manière bien contradictoire les diverses questions qui se rattachent à la forme des jugemens, et aux conditions de leur validité; cette controverse vient de ce que l'on n'a pas assez souvent appliqué la doctrine des substantielles, et qu'on ne s'est pas assez souvent demandé : *Le jugement, malgré l'omission qui s'y trouve, a-t-il rempli son objet?* Pour résoudre les doutes qui peuvent s'élever sur ce point, on n'a qu'à faire application de la règle 8 ci-dessus :

L'art. 141 du Code de procédure civile est ainsi conçu : « La rédaction des jugemens contiendra les « noms des juges, du procureur du roi, s'il a été en« tendu, ainsi que des avoués, les noms, professions « et demeures des parties, leurs conclusions, l'expo« sition sommaire des points de fait et de droit, les « motifs et le dispositif du jugement. »

On a demandé si toutes ces formalités devaient

être observées à peine de nullité? Quelques jurisconsultes ont soutenu l'affirmative d'abord, sur le fondement que toutes ces formalités étaient essentielles pour que le jugement remplît son objet, et ensuite, parce que les expressions de l'art. 141 sont les mêmes que celles contenues dans l'art. 15 du tit. 5 de la loi du 24 août 1790, article qui, suivant la loi du 4 germinal an II, devait être observé à peine de nullité, arrêt de cass. du 22 mai 1816, Sirey, vol. 16, 1-280. — Cette opinion a été modifiée; on a fait observer que l'art. 141 ne portant point la peine de nullité, il était indispensable de recourir à l'interprétation. On a fait remarquer que, si plusieurs des formalités et conditions qui s'y trouvaient renfermées étaient essentielles à l'ordre public, il en était d'autres dont l'inobservation n'empêchait pas que le jugement pût remplir son objet. — Nous avons étudié avec soin les opinions des auteurs et la jurisprudence des diverses Cours du royaume, et après les avoir expliquées et modifiées par l'application des principes généraux qui règlent la matière des nullités, nous en avons tiré les conséquences ci-après :

357. Le jugement peut être défini: la décision d'un tribunal compétent et légalement composé sur une contestation ou sur une demande qui lui est soumise. — C'est un acte d'autorité publique qui règle les droits de chacune des parties, et qui, lorsqu'il est rendu en dernier ressort et dans la forme légale, crée une

présomption de justice et de vérité, contre laquelle aucune preuve n'est admise : *res judicata pro veritate habetur*, art. 1352 du Code civil.

Mais cette autorité n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause, que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contr'elles en la même qualité, art. 1351 du Code civil. De là résulte la nécessité d'insérer dans le jugement quelques-unes des formalités prescrites par l'art. 141, et sans lesquelles il est évident qu'il ne remplirait pas son objet ; ainsi il est absolument nécessaire, et sous peine de nullité que le jugement contienne :

1° L'indication parfaite des parties entre lesquelles le jugement est intervenu. La loi dit bien leurs noms, professions et demeures, mais il est évident qu'il n'y a d'essentiel que l'indication ; le reste n'est que pour la rendre plus parfaite, et le but de la loi est rempli, si les parties sont suffisamment indiquées ;

2° Les conclusions des parties ; afin qu'on puisse se convaincre que le jugement s'y est conformé, que les juges ont fait droit à tous les chefs de demandes, et qu'ils ne les ont pas dépassées ; arrêt de la Cour royale de Toulouse, du 24 janvier 1825, rapp. dans le journal de Toulouse, vol. 10, 1-28 ;

3° L'exposition du point de fait ; bien que cette énonciation soit propre à la partie, art. 142 du Cod

de procédure civile, elle est une partie essentielle du jugement. Nous devons dire cependant que quelquefois le fait est d'une nature tellement simple, qu'il résulte suffisamment des conclusions des parties et des motifs du jugement : aussi le but de la loi est-il suffisamment rempli, si le jugement énonce le fait d'une manière quelconque; arrêt de cass. du 23 avril 1829, rapporté par Denevers, t. 29, pag. 224;

4° L'exposé du point de droit, c'est-à-dire, les questions que les juges ont entendu examiner et juger; il suffit que celles-ci s'évincent sans équivoque de la lecture du jugement. La Cour de cassation a jugé avec raison, le 30 juillet 1816, Sirey, vol. 17-1, pag. 68, qu'un arrêt pouvait être régulier quant à l'indication du point de droit, quoiqu'il y fût dit seulement : *il y a lieu à vérifier si le jugement dont est appel est juridique.*

Il est évident que si un jugement était dépourvu d'une des énonciations que nous venons de rapporter; il ne pourrait point remplir son objet et avoir l'autorité de la chose jugée, puisqu'il ne serait pas certain entre quelles parties il était intervenu, sur quelle demande les juges avaient eu à statuer, et quel était le point de droit qu'ils avaient à juger.

358. Un jugement, avons-nous dit, est un acte de l'autorité publique, pourvu toutefois qu'il soit rendu par des juges compétens; c'est la conséquence de ce que nous avons dit, suprà, n° 168 et 357, il doit porter en lui-même la preuve que les magistrats qui

l'ont rendu en avaient reçu le pouvoir ; aussi doit-il, à peine de nullité, contenir :

5° Les noms des juges qui l'ont rendu. Nous ne pensons pas qu'il soit absolument nécessaire de faire connaître nominativement le procureur du roi qui a porté la parole. Les fonctions du ministère public étant dévolues en quelque sorte à un être moral, qui se trouve représenté par chacun des membres du parquet, il suffit que le jugement fournisse la preuve que M. le procureur du roi occupait le parquet.

Nous devons ajouter que s'il s'agissait d'une cause dans laquelle les conclusions du ministère public étaient indispensables, comme quand il s'agit d'une affaire qui intéresse un mineur, un interdit, une femme mariée, le jugement doit, à peine de nullité, énoncer les conclusions du procureur du roi. Il est partie dans le procès, et ses conclusions doivent être tout aussi expresses que celles des parties elles-mêmes. Arrêt de la Cour de cass. du 3 mai 1814. — La simple énonciation de la présence du procureur du roi ne suffirait pas pour établir qu'il eût porté la parole et pris des conclusions. Arrêt de la Cour de cass. du 16 juillet 1806. Ces deux arrêts sont rapportés au Bulletin officiel.

359 Nous ne pensons pas non plus qu'un jugement fût nul, par le motif qu'il ne contiendrait pas les noms des avoués, si d'ailleurs il n'était pas douteux

que chacune des parties avait eu le sien. Par exemple, si, y ayant eu constitution d'avoué régulière, le jugement portait *que les parties étaient assistées de leurs avoués respectifs, etc., etc.*

360. Enfin, il est absolument nécessaire que les jugemens renferment;

6° Les motifs qui ont déterminé les magistrats; art. 7 de la loi du 20 avril 1810. Observez même qu'un jugement n'est régulièrement motivé qu'autant qu'on y trouve la raison déterminante sur chaque point décidé. Ce serait donc en vain qu'on voudrait faire considérer une pétition de principes comme un motif suffisant. Si, par exemple, il était question de savoir si une formalité judiciaire avait été observée, il ne suffirait pas que le jugement portât: *Attendu que cette formalité a été observée,* ou *attendu que la demande n'est point faite dans la forme légale.* Voir arrêts du 28 juin 1819, Sirey, vol. 20, 1-72, et du 17 avril 1822, au Bulletin officiel. — Il n'est pas absolument nécessaire d'insérer les motifs du jugement interlocutoire, qui ordonne, avant dire droit, une expertise; la nature d'un pareil jugement prouve suffisamment que les juges ne sont pas suffisamment éclairés, et que c'est là le motif de leur jugement;

7° Le dispositif du jugement. — De toutes les énonciations, c'est la plus essentielle, puisqu'on ne peut concevoir de jugement sans elle;

8° La date du jour où le jugement a été rendu;

l'art. 141 n'en parle pas, mais il est évident qu'un jugement qui ne serait pas daté, serait radicalement nul comme vicié dans sa substance ;

9° Enfin, dans le cas où la loi ordonne qu'un jugement sera rendu sur le rapport d'un juge, la mention de ce rapport, est une énonciation essentielle; arrêt de cass. du 4 fructidor an XI, rapporté au Bulletin officiel. Autre arrêt du 23 décembre 1809, rapporté dans Sirey, vol. 10. 1-138.

361. Toutes les énonciations ci-dessus ne sont requises à peine de nullité, que parce qu'elles sont nécessaires pour que le jugement puisse produire l'effet auquel il est destiné. Au reste, il n'est pas absolument nécessaire qu'elles soient explicites; il est des cas où elles sont supplées par des équipollens; ainsi la Cour de cassation a jugé :

1° Qu'il n'y avait pas nullité d'un jugement, parce qu'il ne ferait pas connaître les noms des juges qui ont assisté à l'audience où une enquête a eu lieu, alors qu'on ne rapporte pas la preuve qu'ils ne soient pas les mêmes que ceux qui ont pris part au jugement définitif, et que, d'ailleurs, le fait contraire pourrait être induit de ce dernier jugement. Arrêt de cass. du 4 mai 1829, rapporté par Dalloz, vol. 29, p. 235;

2° Qu'il suffisait qu'un arrêt désignât *le premier président* au nombre des juges qui l'avaient rendu, et que ce magistrat eût signé l'arrêt, pour que le vœu de

la loi fût rempli, encore bien que cet arrêt n'énonçât pas le nom du premier président. Arrêt de cass. du 3 juin 1829, rapporté dans le Recueil de Dalloz, vol. 29, pag. 261;

3° Que lorsqu'un arrêt déclaratif de partage avait été suivi d'un premier arrêt qui vide le partage, et d'un second arrêt qui prononce sur les autres points en litige, il suffisait qu'il fût énoncé dans le troisième arrêt qu'il avait été rendu par les mêmes juges qui avaient concouru à l'arrêt déclaratif du partage, pour qu'il ne pût pas être annulé, en ce qu'il ne contiendrait pas les noms des magistrats qui y ont concouru. Cour de cassation, 19 mai 1828. Dalloz, vol. 28, pag. 389. — Voir au surplus, infrà, chap. 7.

362. Second Exemple. — L'art. 2148 du Code civil détermine la forme des bordereaux d'inscription; il n'attache formellement la peine de nullité à l'omission d'aucune des formalités qu'il renferme; il n'est pas douteux cependant que la plupart de ces dernières tiennent à l'essence de l'inscription hypothécaire, et qu'elles ne doivent dès lors être observées *à peine de nullité*.

Dès la promulgation du Code civil, on crut devoir être très-difficile dans l'accomplissement des formalités hypothécaires, la moindre omission était considérée comme une cause de nullité; il en résulta que les créanciers se trouvèrent exposés à des procès les plus rigoureux pour la conservation de leur rang d'hypothèque, sur les biens de leurs débiteurs.

Plus tard, on a senti tout ce qu'une pareille rigueur avait d'injuste et de contraire aux vrais principes : on s'est demandé quel était l'objet des bordereaux d'inscription, et par suite quelles étaient les formalités indispensables, pour que cet objet fût rempli. On a reconnu que la volonté du législateur avait été de proscrire les hypothèques occultes, de faire connaître à tous les intéressés les charges qui grèvaient les biens de celui avec qui ils seraient dans l'intention de contracter, et de faire connaître d'une manière exacte les biens soumis à l'hypothèque. — Cela posé, il a été reconnu que le bordereau d'inscription remplissait parfaitement son objet, s'il indiquait suffisamment :

1° Quel était le créancier : peu importerait qu'il y eût erreur sur les prénoms, sur le domicile, si d'ailleurs on ne pouvait se méprendre sur la désignation ;

2° L'élection de domicile, faite par le créancier, dans un lieu quelconque, de l'arrondissement du bureau ;

3° Quel était le débiteur : peu importerait même qu'il y eût eu fausse désignation, si d'ailleurs l'identité est parfaitement établie par le bordereau ;

4° La date et la nature du titre. — Encore a-t-il été jugé plusieurs fois, qu'il suffisait que le titre de la créance et sa date fussent énoncés implicitement par une indication présupposant le titre. Arrêt de la Cour de cassation du 2 août 1820, Sirey, vol. 21. 1, 35. En

d'autres termes, qu'une inscription n'était pas nulle, si l'erreur dans la date ou la nature du titre était telle qu'il ne pouvait en résulter aucun préjudice au créancier postérieur ;

5° Le montant de la créance — Nous devons même faire observer que l'inscription ne serait pas nulle, s'il y avait erreur dans l'énonciation de ce capital ; s'il était plus considérable que dans le titre, les créanciers postérieurs auraient le droit de le faire réduire. S'il était moindre, il devrait être maintenu à ce taux, tant pis pour le créancier qui aurait fait erreur dans son inscription : *Error semper nocet erranti*.

Quid juris, si la créance pour laquelle on veut prendre inscription est indéterminée? le créancier doit l'évaluer à une somme fixe, art. 2148, et arrêt de la Cour de cassation du 21 août 1810, rapporté au Bulletin officiel. Mais alors le débiteur peut demander la réduction de l'hypothèque, conformément aux articles 2163 et 2164 du Code civil ;

6° Les biens soumis à l'hypothèque (à moins qu'il s'agisse des hypothèques légales ou judiciaires). La désignation des biens est une des conditions les plus substantielles de l'hypothèque, la loi n'ayant soumis ces désignations à aucune formalité ni condition particulière, il en résulte que l'inscription doit être validée, si les biens sont assez bien désignés, pour qu'on ne puisse point se méprendre sur leur situation et sur leur nature.

363. Lorsque toutes ces conditions se trouvent dans un bordereau, le but de la loi est rempli, et l'on doit considérer comme accidentelles toutes les autres formalités ou indications qui avaient pour objet de rendre ce bordereau plus sûr et plus explicatif; voilà pourquoi, la jurisprudence a consacré ce principe, que l'erreur, dans l'observation d'une formalité, était toujours accidentelle, et n'entraînait pas la nullité de l'inscription hypothécaire, si elle n'avait pas nui. Arrêt de la Cour de cassation des 17 août 1813 et 26 juillet 1825, rapportés au Bulletin officiel, et généralement, toutes les fois que le but de la loi avait été rempli, sinon littéralement, au moins virtuellement. Grenier, des hypoth. vol. 1er, p. 147, n. 70.

364. Troisième exemple. — Les art. 1 et 4 du Code de procédure civile déterminent la forme des citations devant les juges de paix, et ils ne prononcent pas la peine de nullité. Cependant, il est bien certain que ces citations ayant un but, il est essentiel que ce but soit rempli. Lors donc qu'il s'agit de savoir si une citation doit être annulée ou maintenue, l'on doit se rappeler quel est son objet, ce qu'elle doit contenir pour que l'on y retrouve les indications que le législateur a cru indispensable de donner à un defendeur. Or, la recherche est facile; toute citation doit faire connaître à la partie citée, la personne qui lui fait la demande, l'objet de cette demande, le juge qui doit en connaître, le jour, le lieu et l'heure de la comparution, la date de l'exploit, etc.

Si une citation donne ces indications, elle est valable; les omissions qui souvent s'y rencontrent ne sont que des imperfections sans objet, du moment qu'elles n'empêchent pas que les intentions du législateur soient remplies.

365. Ces trois exemples suffiront pour faire connaître la différence qui existe entre les formalités et conditions essentielles à un acte, et les formalités seulement accidentelles. Ils suffiront, surtout, pour faire connaître combien l'esprit général de la jurisprudence est dirigé dans le sens favorable à la validité des actes. Que doivent rechercher, en effet, les magistrats chargés de faire exécuter la loi? ils doivent avant tout se demander si les parties ont obéi au législateur dans ce qui était essentiel, dans ce que l'on devait considérer comme l'objet unique de sa volonté; c'est-à-dire, si toutes les garanties ont été conservées; si la fraude n'a pas été employée d'une part; si l'erreur n'a pas été possible de l'autre. Du moment que l'acte qui leur est soumis prouve suffisamment qu'aucun préjudice n'a pu exister, cet acte ne peut être frappé de nullité; outre que ce serait une injustice, ce serait un effet sans cause. — Voir ci-après, chap. 7.

366. *Neuvième Règle.* — L'erreur dans une indication substantielle ne peut point être assimilée au défaut d'indication même; elle n'est pas une cause de nullité de l'acte, si elle n'est point assez grave pour empêcher que celui-ci puisse remplir son objet. Spécia-

lement une erreur de copiste ne suffit pas pour faire annuler un acte de procédure.

Cette règle est trop juste pour être contestée, et la jurisprudence des arrêts l'a souvent consacrée; nous nous bornerons à rapporter l'espèce suivante :

Un sieur Dauxert avait été assigné, à la requête du sieur Lechevalier, en paiement de deux lettres de change qui lui avaient été transmises par la voie de l'endossement.

Dans la copie de l'exploit d'ajournement, l'huissier avait mal énoncé le nom du requérant : Il avait écrit *Lechalier*, au lieu de *Lechevalier*. — Toutefois, il intervint un jugement de défaut sur cette assignation, qui condamna Dauxert au paiement des deux lettres de change. Sur l'opposition, Dauxert excipa de la nullité de l'assignation, en se fondant sur l'art. 61 du Code de procédure civile, qui exige, entr'autres indications, que l'exploit d'ajournement contienne le nom du demandeur. Jugement qui repousse le moyen de nullité, par le motif que les copies des titres, données en tête de l'exploit (les lettres de change, les endossemens et le protêt), ne permettaient pas à Dauxert d'ignorer le véritable nom de celui qui l'assignait. Pourvoi en cassation pour violation de l'art. 61 du Code de procédure.

Arrêt. — Attendu que le jugement attaqué reconnaît et déclare, d'après les pièces produites, que c'est par une erreur de copiste, que le nom de *Lechalier* a

été écrit dans l'exploit, au lieu de celui de Lechevalier; d'où il suit que le tribunal a pu, sans violer aucune loi, juger que le nom de *Lechevalier* était indiqué dans les pièces transcrites en tête de l'assignation, de manière à ne point permettre au sieur Dauxert d'ignorer le nom de celui qui l'ajournait, Rejette, etc., etc. Arrêt du 23 avril 1834.

367. Nous aurions pu indiquer plusieurs autres règles d'interprétations que les anciens docteurs ont retracées dans leurs écrits. Mais après en avoir vérifié un grand nombre, nous nous sommes convaincus qu'elles étaient plus subtiles qu'exactes, et qu'il n'était pas convenable de les rappeler dans cet ouvrage.

368. Quant à celles que nous avons indiquées dans les numéros précédens, tout nous en a démontré la justesse et l'utilité. Sans doute elles ne suffiront pas pour résoudre toutes les difficultés qui pourront se présenter, car il n'est pas de règle, quelqu'absolue qu'elle soit, qui ne reçoive des modifications: mais appliquées avec discernement, et après examen, elles faciliteront, le plus souvent, le magistrat et le jurisconsulte dans la recherche d'une volonté que le législateur n'a pas suffisamment fait connaître. Que si, enfin, il s'élève des doutes sur le sens de la loi, si le juge ne trouve pas dans l'application de ces règles, des moyens de se déterminer à annuler l'acte, ou à le maintenir, il doit préférer l'interprétation favorable à l'acte.

C'est dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée, et cette opinion est d'autant plus imposante, qu'elle est le fruit de l'expérience et d'une longue controverse. Qui ne connaît, en effet, combien, dans l'origine, les Cours du royaume et la Cour de cassation elle-même s'étaient montrées sévères en matière de nullités, avec quelle facilité elles annulaient, pour vices de formes, les testamens, les bordereaux, les actes de procédure. La plus légère omission était jugée substantielle, et les procès de ce genre se multipliaient avec une déplorable facilité. Un pareil abus ne pouvait se conserver long-temps, la justice devait naturellement triompher de la subtilité des écoles, aussi a-t-elle fait repousser généralement un système aussi contraire à ses vues que favorable aux plaideurs de mauvaise foi ; les Cours du royaume ont refusé de reconnaître des nullités inutiles, et adoptant l'opinion des anciens docteurs, elles ont accueilli toute interprétation favorable aux actes : *Et hœc quidem interpretatio per quàm actus sustinetur, dicitur regina aliarum interpretationum.*

369. Après avoir ainsi posé les règles générales de l'interprétation des lois, qui se rapportent à la validité des actes et des conventions, nous avons cru devoir examiner, dans les quatre chapitres suivans, quelques règles exceptionnelles et importantes, dont les effets modifient quelquefois les principes généraux que nous venons de développer.

CHAPITRE IV.

De l'Erreur commune.

370. C'est une maxime répandue dans toutes les lois, que tout ce qui a été fait de bonne foi, et sur le fondement d'une erreur publique, a la même force que si la vérité même et la règle en étaient le principe; et cela pour ne pas porter le trouble dans un grand nombre de familles, dont l'état et la fortune pourraient être renversés; Cochin, tom. 3, consult. 52. C'est le cas de la maxime : *Error communis facit jus.*

371. Cette maxime fondée sur des raisons d'ordre public, fut sanctionnée par les dispositions des lois romaines, notamment par la loi 3, ff. de offic. prætor. Cette loi suppose qu'un esclave fugitif a rempli les fonctions de préteur, par suite de l'erreur généralement partagée sur sa qualité, et elle valide les actes qu'il a faits : *Quid dicemus? quæ edixit, quæ decrevit, nulliùs fore momenti? an fore propter utilitatem eorum qui apud eum egerunt vel lege, vel quo alio jure? et veriùs puto nihil eorum reprobari : hoc enim humaniùs est.*

372. Elle a été également reconnue vraie et d'ordre public par l'ancienne jurisprudence française; voir Henrys, vol. 1, 2, chap. 4 et 8. — Arrêts du Parlement de Paris des 14 octobre 1593, 1604 et 1608, rapportés par Louet et son commentateur Brodeau. —

Leprêtre, Cent. 4, chap. 4. — Arrêts du Parlement de Toulouse, rapportés par Catelan.

373. Enfin, elle a été admise par la nouvelle jurisprudence : un avis du Conseil d'état, en date du 2 juin 1807, la consacre de la manière la plus générale. On y lit : « que de tout temps et dans toutes les législa-« tions, l'erreur commune et la bonne foi ont suffi « pour couvrir, dans les actes et même dans les juge-« mens, des irrégularités que les parties n'avaient pû « ni prévoir ni empêcher. »

374. Cette erreur se rapporte assez généralement à la qualité ou à la compétence d'un fonctionnaire, à la qualité civile d'une partie contractante. ou d'un témoin, enfin au véritable sens d'une disposition législative. Examinons-en le caractère sous ces trois rapports.

375 *Premièrement*. L'erreur commune et la bonne foi suffisent pour valider les actes faits par un fonctionnaire en qui on reconnaissait généralement un pouvoir qui n'avait pu lui être conféré, ou une compétence qu'il n'avait pas.

Par exemple : Un individu privé de l'exercice de ses droits civils, trouve le moyen de se faire nommer notaire, il est admis au serment, et fait toutes sortes d'actes et de transactions. Plus tard, l'autorité est informée de la fraude, et prononce l'interdiction de ce fonctionnaire audacieux : faudra-t-il, en prononçant son interdiction, annuler tous les actes qu'il aura passés ? Faudra-t-il remettre en question toutes les

transactions auxquelles il aura conféré l'authenticité? Nous ne craignons pas de dire qu'une décision affirmative serait une atteinte à l'ordre public et à la paix des familles.

Par exemple encore : un notaire passe des actes loin de sa résidence ; généralement on pense qu'il a le droit d'instrumenter dans les lieux où ces actes ont été passés. Sera-t-il juste et raisonnable d'annuler tous ces actes lorsqu'on prononcera son incompétence? Évidemment non: l'erreur commune, la bonne foi, l'ordre public, ont de tous les temps été opposés à une pareille décision.

M. Grenier ne partage pas cette opinon ; voici ce qu'il dit, en son Traité des donations; vol. 1er, pag 469, n. 57 : « Autrefois on pensait assez généralement « d'après la maxime : *Error communis facit jus*, que « tous les actes, même ceux de rigueur, tels que les « testamens, étaient valables, quoiqu'ils eussent été « passés par un notaire hors de son ressort, s'il avait la « possession d'y instrumenter comme notaire, etc., etc. « Ce qui pouvait alors justifier cette jurisprudence, « c'est qu'il régnait un véritable désordre sur la fixa- « tion des arrondissemens dans lesquels chaque no- « taire devait seulement instrumenter. Il y avait, à « ce sujet, des réglemens ; mais outre qu'ils étaient « sans uniformité, ils étaient généralement mal exé- « cutés. Le public ne devait pas être victime d'une « incertitude et d'une confusion que le gouvernement

« avait tolérées. Mais il ne peut être question de cette « jurisprudence, sous la législation actuelle. Les ar« rondissemens des notaires sont fixés d'une manière « précise par l'art. 5 de la loi relative au notariat, et « l'art. 6 dit, qu'il est défendu à tout notaire d'in« strumenter hors de son ressort, à peine de suspen« sion de ses fonctions pendant trois mois, de desti« tution en cas de récidive, et de tous dommages« intérêts. Mais ce n'est pas tout ; en combinant cet « article avec l'art. 68 de la même loi, il en résulte « que l'acte serait nul. »

Cette manière de raisonner n'est point exacte. Sans doute, aujourd'hui, les résidences des notaires sont bien plus faciles à connaître qu'autrefois, et nous devons à la loi de ventôse des dispositions nouvelles, de beaucoup préférables à celles de l'ancienne jurisprudence ; mais il n'en résulte pas que l'erreur sur ce point soit impossible, et si l'erreur est possible, elle peut devenir générale. Or, dès le moment qu'elle a pris ce caractère, elle valide tous les actes passés pendant sa durée, elle place, en quelque sorte, ces actes sous l'égide de la bonne foi et de l'ordre public. Nous pensons même que l'argument que M. Grenier tire de la difficulté de se tromper, fortifie l'opinion contraire à la sienne, car, si malgré la facilité que l'on avait de se fixer, on s'est généralement trompé, l'erreur n'en est que plus imposante, et par cela même plus respectable. Nous ajouterions enfin que lorsque la maxime :

Error communis facit jus s'est établie, on n'a pas examiné si l'erreur avait été plus ou moins facile, on n'a pas recherché la cause de la fausse opinion qui a pu se répandre, on a seulement voulu maintenir les effets de cette erreur, toutes les fois qu'il est certain qu'elle a existé. La règle ci-dessus a été de tout temps générale, et nulle part on ne trouve dans nos lois des dispositions dérogatoires. M. Grenier ne dit rien qui puisse en affaiblir l'autorité; comme autrefois donc, elle repose sur l'ordre public et sur la nécessité de ne pas remettre en question les transactions faites de bonne foi et exécutées de même.

376. Par les mêmes motifs, on doit valider les jugemens rendus par un individu qui avait été nommé à une place de judicature, dont un vice ignoré le rendait incapable, leg. 3, ff. de offi. præt.

377. Il est important de remarquer que l'erreur commune ne valide les actes faits dans *l'exercice d'une fonction publique*, qu'autant que l'auteur de ces actes avait un titre coloré, c'est-à-dire un titre qui pouvait donner au moins les apparences de sa qualité et de sa compétence. « Ainsi, dit M. Merlin, Répertoire de juris-« prudence, V° témoin instrumentaire, § 2, n° 3, « 26°. Toute une ville aura beau croire que tel homme « qui exerce des fonctions publiques, en a été léga-« lement investi : s'il n'y a pas été nommé par l'auto-« rité compétente, ni sa possession, ni l'erreur com-« mune ne valideront les actes qu'il aura faits, en sa

« qualité apocryphe. Seulement, si un individu a été « promu par l'autorité compétente à un emploi, dont « un vice ignoré le rendait incapable, l'erreur com-« mune dont son titre coloré sera tout à la fois la « source et l'excuse, suffira pour valider les actes « auxquels il a prêté son ministère. »

M. Henrion de Pansey, des Biens communaux, liv. 2, chap. 18, § 12, pag. 366, dit aussi « S'il se « trouvait un homme assez audacieux pour usurper « l'exercice du pouvoir judiciaire, vainement le pu-« blic abusé reconnaitrait-il en lui la qualité de juge; « rien ne pourrait couvrir l'illégalité de ses actes; « l'exécution même de ses prétendus jugemens fut-« elle volontaire, ne leur conférerait pas l'autorité de « la chose jugée, et la voie pour en demander l'an-« nulation serait ouverte dans tous les temps. »

378. *Secondement*: L'erreur commune peut se rapporter aux qualités civiles, à la capacité d'un individu. — Dans ce cas, les actes faits par cet individu en une qualité qu'il n'avait pas, ou dans la supposition d'une capacité dont il était privé, peuvent être validés et considérés comme faits par une personne capable ; c'est aussi une nécessité d'ordre public. La loi 3, ff. d. Senatus-cons. Maced , nous fournit un exemple remarquable de cette proposition. — Elle dispose que ce Senatus-consulte, qui rend les fils de famille incapables d'emprunter, ne reçoit pas son application, si le fils passait pour père de famille, et agissait

publiquement comme tel : *Quia publice paterfamilias plurisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, cessabit senatus-consultum.*

On peut encore citer pour exemple le cas où un tuteur ou curateur, nommés d'une manière illégale, passeraient néanmoins à tous les yeux pour avoir cette qualité d'une manière valable ; il est certain qu'ils ont, jusqu'à infirmation, qualité légitime pour administrer la personne et les biens du mineur. L'erreur commune valide tous les actes auxquels ils concourent, et qu'ils ont consentis dans les justes bornes que la loi a imposées à leur pouvoir. La Cour de cassation a été bien plus loin, elle a validé les actes faits par un tuteur, dont la nomination était mal faite, sans s'occuper même du point de savoir s'il y avait eu erreur commune. Arrêt rapporté par Sirey, vol. 6-1-416. — et vol. 24-1-251.

Par exemple encore : lorsqu'une femme mariée est réputée célibataire, qu'elle est dans l'usage d'exercer toutes ses actions, et de consentir tous actes en cette qualité et sans autorisation, lorsque les circonstances qui ont dérobé aux yeux du public son véritable état, sont de telle nature que l'erreur commune est excusable, nul doute que les actes qu'elle a souscrit ne soient valables, et que ce ne soit le cas de les maintenir. Les individus qui ont contracté avec elle n'ayant pas eu de moyens de s'informer de son état, ayant eu surtout des raisons de ne pas la croire mariée, n'ont

aucun reproche à se faire, et l'erreur, généralement répandue dans le pays, que cette femme n'était point mariée, remplace l'autorisation de son mari, et rend inattaquables les engagemens qu'elle a contractés. — Arg. de la loi Barbarius Philip. ff. de offic. prætor. — La Cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'espèce suivante:

Un sieur Sainson Taxis se maria à Paris en 1777 avec la veuve du prince de Beaufremont. Ce mariage fut fait avec les solennités nécessaires pour n'être pas clandestin; il n'en resta pas moins secret pour la société. La veuve du prince de Baufremont conserva son nom, son rang, ses avantages. Le sieur Sainson Taxis ne parut chez elle que comme son ami.

Toutefois, quoique secret, le mariage a conféré au sieur Sainson Taxis, la faculté de recueillir des dons considérables de la part de son épouse, décédée en nivôse de l'an 8.

Après ce premier succès, le sieur Sainson Taxis a voulu que sa qualité de mari eût l'effet d'annuler les actes de son épouse auxquels il n'avait pas consenti; notamment quelques aliénations faites en l'an III. — Les acquéreurs ont répondu qu'ils n'avaient pas été obligés de reconnaître l'état des deux époux, qui avaient affecté d'en faire un secret pour le public. — En conséquence la Cour d'appel de Besançon a maintenu ces ventes. — Le sieur Sainson Taxis s'est pourvu en cassation. — Arrêt de la Cour, sur les conclusions de M. Daniels, attendu que, d'après les circonstances par-

ticulières dont il lui appartenait exclusivement d'apprécier le mérite, la Cour d'appel a décidé, en fait, que si le public avait ignoré le mariage du demandeur avec la dame veuve Baufremont, c'était à lui seul à se reprocher d'avoir induit ce même public dans une erreur invincible à cet égard, d'où il suit que l'arrêt attaqué a dû en conclure comme il l'a fait, que les actes par elle souscrits, en sadite qualité de veuve Baufremont, devaient être confirmés, nonobstant le défaut de la part du demandeur, et qu'en conséquence, cet arrêt n'a violé aucune loi; Rejette, etc., etc., 30 août 1806; Sirey, 9-1-43.

Il en serait de même, dans le cas où une femme mariée et les personnes qui ont contracté avec elle ont eu de justes motifs de croire que le mari était mort, qu'ainsi cette femme avait capacité pour s'engager; comme si, par exemple, il avait été vu parmi les morts à la suite d'un combat, que le bruit de sa mort se fût généralement répandu, et qu'il eût resté plusieurs années sans reparaître. Nul doute que les actes que la femme aurait faits dans l'intervalle, ne doivent être maintenus; l'erreur commune, la juste cause qui l'avait fait naître, et la bonne foi suffisent pour donner à la femme une capacité qu'elle n'avait réellement pas. Cette décision était généralement accueillie par les anciens docteurs; voir Cujas et autres interprètes, ad leg. Barbarius Philip. ff. de off. prætor. Elle n'est contrariée par aucune des dispositions de la loi nouvelle.

379. Suivant les mêmes principes, *et à fortiori*, le témoin qui passe dans le public pour réunir toutes les qualités prescrites par l'art 9 de la loi du 25 ventôse an XI, bien qu'il soit privé de l'une d'elles, n'annule pas, par sa signature, l'acte dans lequel il a figuré, si d'ailleurs il est généralement considéré comme capable, et si. par l'effet d'une erreur commune, il est admis à faire toute espèce d'actes, et à les signer en qualité de témoin. Un homme, par exemple, peut avoir été privé de ses droits civils. par l'effet d'un jugement prononcé contre lui; il change de pays et vient s'établir dans une province éloignée où l'on ne le connaît pas, et là, il exerce ses droits civils dans toute leur intégrité; il est admis comme témoin dans les actes. Nul doute que l'erreur commune qui s'établit sur son compte, et que la bonne foi de ceux qui l'emploient ne donnent à sa signature et à son témoignage la même autorité que s'il avait réellement l'exercice de tous ses droits civils.

Quelques auteurs, reconnaissant que cette opinion était vraie en thèse générale, ont prétendu qu'elle ne devait pas être suivie dans les testamens; ils ont soutenu que de pareils actes étant solennels, et par cela même, placés bien au-dessus des actes ordinaires, se trouvaient viciés dans leur forme constitutive, et étaient par cela même nuls, si parmi les témoins, il y en avait qui n'eussent qu'une capacité putative; quelques arrêts ont même adopté cette opinion.

Néanmoins, l'opinion contraire a prévalu. Quelle peut être la raison de distinguer le témoin qui signe le testament, de celui qui signe un acte ordinaire? Pourquoi la bonne foi et l'erreur commune qui suffisent pour habiliter le témoin qui signe les actes de cette dernière espèce, seraient-elles impuissantes pour donner la même capacité au même témoin qui signe un acte de la première espèce. Cette distinction n'a jamais existé dans la jurisprudence; aucune disposition de loi ne l'autorise, et les principes de justice qui doivent toujours exercer de l'influence dans la solution des questions douteuses, veulent que le testament jouisse de la même faveur que les autres actes. — C'était ainsi que le pensaient les anciens jurisconsultes qui étaient bien plus rigoureux que nous sur la forme de testament. Voici ce que dit notamment Julius Clarus, § testament, quæst. 55, n. 10, « *In hoc etiam proposito nota unum, quod superioribus diebus contingit in prasticâ, quod si aliquis aliùs inhabilis adhibeatur in testamento, puto, quin sit infamis vel servus, qui tamen non reputabatur communi opinione pro servo, neque pro infami, valet testamentum.* »

Cette opinion est consacrée par la jurisprudence.

En 1811, le sieur Facker fit un testament par lequel il laissa un legs considérable à l'un de ses frères. — Le testateur étant mort, ses autres frères et ses neveux demandèrent la nullité de son testament, sur le motif que l'un des témoins instrumentaires, Joseph Isselé,

était Badois d'origine, et n'avait pas été naturalisé Français : ce qui constituait une incapacité qui devait entraîner la nullité du testament, aux termes de l'article 980 du Code civil.

Jugement du tribunal civil de Schelestadt, qui déclare le testament valable, par le motif que le témoin Joseph Isselé avait toujours été regardé comme Français.

Appel, de la part des héritiers légitimes. Arrêt interlocutoire qui ordonne une enquête pour vérifier depuis quelle époque Joseph Isselé demeurait en France.

13 juillet 1819, arrêt définitif de la Cour royale de Colmar qui confirme le jugement de première instance. Attendu, qu'en fait, il résulte de l'enquête que Joseph Isselé, l'un des témoins au testament attaqué, est venu en France en 1785, pour y travailler de sa profession de charron, que depuis il est resté, sans interruption, dans la province de l'Alsace ; que déjà, avant la révolution, il a travaillé dans la commune où il s'est marié depuis ; qu'il a voté, comme citoyen Français, aux assemblées primaires ; qu'il a été incorporé dans la garde nationale ; enfin, qu'il a été assimilé aux citoyens Français, participant aux bénéfices et charges depuis que les lois en ont accordé le privilége aux étrangers qui ont manifesté le désir de se fixer en France, et que depuis, il a été constamment considéré et imposé comme Français, desquels faits résultent deux conséquences nécessaires : la première que l'intention con-

stante d'Isselé a été de devenir Français; la seconde que *l'opinion commune* lui décernait cette qualité. Attendu, en second lieu et en droit, qu'il suffisait que le sieur Isselé eût été domicilié pendant une année en France, depuis sa majorité, puisque l'art. 4 de l'acte constitutionnel de 1793 conférait le titre de citoyen Français à tout étranger âgé de 21 ans accomplis, domicilié en France depuis un an.

Pourvoi en cassation, de la part des héritiers Facker, pour fausse application de l'art. 4 de l'acte de 1793. Les demandeurs ont établi que cet acte n'avait pas été promulgué.

Arrêt de la Cour; attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que Joseph Isselé, domicilié en France en 1785, s'y est marié, a voté comme citoyen Français aux assemblées primaires, a été incorporé dans la garde nationale, et qu'il a été constamment assimilé aux citoyens Français participant aux bénéfices et charges à ce titre, et que *l'opinion commune* lui décernait cette qualité; qu'à ce titre, et sans qu'il soit besoin d'examiner l'influence de l'acte de 1793, invoqué par l'arrêt attaqué, la *jouissance constante de la qualité de Français et l'opinion commune déclarée constante suffisent pour justifier l'admission du témoin Isselé, en qualité de témoin à l'acte dont il s'agit.* — Rejette, etc., etc., Sirey 22-1-1.

380. Enfin ces principes ont été adoptés même en matière criminelle. La nommée Connore, condamnée

à 20 ans de réclusion par le tribunal criminel de la Marne, se pourvoit en cassation sur le motif que le chef du jury était en faillite, et n'avait pu par conséquent remplir les fonctions de juré. Son pourvoi fut rejeté, non-seulement à raison de ce que le fait de la faillite n'était pas suffisamment établi, mais parce que ce fait supposé exact, étant généralement ignoré, la nullité qui en résultait était couverte. « Considérant, porte l'arrêt, que le citoyen R..., chef du jury, est en possession de son état de citoyen, puisqu'il a été porté et conservé sur la liste des jurés par les autorités administratives, que cette possession d'état repose sur la foi publique, et ne permet plus d'attaquer après leur consommation les actes auxquels le juré a concouru. — Cet arrêt est du 17 nivôse an X.

381. *Troisièmement*. Enfin, l'erreur commune se rapporte au sens d'une loi. Par exemple : Une loi est promulguée, ses dispositions n'étant point parfaitement claires, on leur donne généralement une fausse application. Les transactions se font de bonne foi dans le sens de cette interprétation, bientôt elles se multiplient de manière à faire considérer comme la vérité, l'erreur qui s'est glissée dans la jurisprudence. Nul doute que l'ordre public et la sécurité des familles n'exigent le maintien de pareilles transactions.

C'est ainsi que, par une fausse interprétation de l'art. 2148 du Code civil, l'on avait généralement pensé qu'il n'était pas nécessaire de mentionner dans

les bordereaux d'inscription l'époque de l'exigibilité de la créance; le législateur crut nécessaire de porter une loi pour déterminer le véritable sens de l'article ci-dessus; ce fut la loi du 14 septembre 1807, dont l'objet fut d'accorder six mois pour rectifier les bordereaux d'inscription qui ne renfermaient point cette indication « toutefois, disait l'orateur du gouvernement, dans l'exposé des motifs, l'erreur commune, « partagée par les agens même de l'administration, « réclame le secours de la puissance publique, « et un délai pour rectifier les inscriptions défec- « tueuses. »

382. Conformément aux mêmes principes, la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 13 germinal an XII, rapporté par Sirey, au vol. 4, part. 2, pag. 677, que l'héritier qui avait reconnu dans un parent du défunt la qualité de successible, ne pouvait pas revenir contre cette reconnaissance, sous le prétexte qu'elle était le fruit d'une erreur résultant de la fausse jurisprudence du temps.

383. Les principes que nous venons d'émettre sur l'erreur de droit, pourraient paraître en opposition avec ce que nous avons dit, suprà, n. 196, que l'erreur de droit comme l'erreur de fait, était une juste cause de la nullité des conventions, quand elle en avait été le motif déterminant. Cette contradiction n'existe cependant pas; ce que nous avons dit au

n° précité s'applique à l'erreur particulière, dans laquelle est tombé celui qui a contracté; comme l'erreur n'était point invincible, celui qui en profite n'a aucun titre, aucun motif plausible pour conserver le profit qu'il a fait au préjudice de celui qui s'est trompé; au lieu que les principes dont nous venons de nous occuper, s'appliquent au cas où l'erreur est générale, et par cela même considérée comme invincible. Celui qui, dans ce cas, profite de l'erreur, est protégé non-seulement par sa bonne foi, mais encore parce que l'attaque qu'on dirigerait contre lui blesserait une masse d'intérêts qui sont le résultat de l'erreur commune et de l'opinion générale, et porterait le trouble dans les familles.

384. L'erreur commune produit toujours des effets contraires au droit rigoureux. Elle est exceptionnelle des règles ordinaires, et par cela même, on ne doit la reconnaître que dans les cas rares, où des raisons d'ordre public en font une espèce de nécessité. Par la même raison, on ne doit pas en accueillir la preuve avec trop de facilité; il faut qu'elle résulte de plusieurs actes, de décisions unanimes, ou d'une opinion générale; il faut que chacun pensant la même chose sur l'objet auquel elle s'applique, l'erreur puisse être considérée comme invincible. La moindre incertitude doit porter le juge à se déterminer pour l'application pure et simple de la loi.

CHAPITRE V.

De la Règle : *Multa fieri prohibentur quæ si facta fuerint obtinent firmitatem.*

385. Cette règle n'est jamais, pour le juge, qu'une règle d'interprétation ; il n'a point, en général, à examiner les conséquences de la volonté du législateur, et lorsqu'elle est certaine, il n'a pas le droit de juger du mérite qu'elle a, du danger et des inconvéniens qu'il peut y avoir à la suivre ; son devoir est de s'y conformer telle qu'elle est, et d'en faire l'unique guide de ses décisions, suprà n. 327 ; aussi n'y a-t-il que le législateur qui puisse maintenir l'acte qu'il avait d'abord prohibé comme contraire à l'ordre public, et n'y a-t-il que lui qui puisse dire : *Multa fieri prohibentur quæ si facta fuerint obtinent firmitatem.*

386 Cependant, ce droit exclusif qu'a le législateur de valider l'acte qui, lorsqu'il a été passé, était contraire à sa volonté, n'est pas exercé par lui-même ; il l'a délégué aux magistrats chargés d'appliquer la loi ; il leur a permis d'en user comme règle d'interprétation, et dans le cas seulement où son langage pourrait être douteux.

Si donc le législateur, en faisant une injonction ou une défense, les a jugées assez essentielles pour qu'il dût d'avance annuler l'acte fait contre son vœu, le

juge ne peut se dispenser de prononcer la nullité. « La loi a parlé, disait l'illustre chancelier d'Aguesseau; il ne reste au juge que la gloire d'obéir; et il commettrait un excès de pouvoir des plus répréhensibles, si sous le prétexte qu'il est plus contraire à l'ordre public d'annuler l'acte que de le maintenir, il se refusait à appliquer la peine de nullité portée par la loi. Si le juge avait un pouvoir aussi étendu, il y a dans nos codes bien peu de dispositions annulatrices qui ne pussent être éludées, sous le prétexte qu'il y aurait des inconvéniens à en faire l'application. »

387. L'usage de la règle ci-dessus appartient donc seulement au juge comme règle d'interprétation. Elle se réduit à ce point, que le silence gardé par le législateur sur l'effet d'une contravention à une loi quelconque, joint à cette circonstance que l'annulation des actes faits contre la disposition de cette loi, serait plus contraire à l'ordre public que leur existence ne saurait l'être, doit faire penser au juge, que le législateur lui a laissé le soin de valider l'acte (quelqu'absolue qu'ait été la prohibition et la disposition de la loi à laquelle on a contrevenu), si effectivement les circonstances sont tellement changées qu'il y ait des raisons puissantes pour prononcer cette validité.

Cette règle reçoit bien rarement son application et nous pensons qu'en général elle a été faite pour les actes de naissance, les actes de décès et les contrats de mariage; ainsi

1° On tient pour constant que quelqu'essentielles que soient les dispositions de la loi qui déterminent la forme et les conditions des actes de naissance et de décès des citoyens, ces actes ne doivent point être annulés, si, malgré leur irrégularité, l'objet de la loi se trouve rempli. On sent, en effet, que s'agissant d'aussi puissans intérêts, il y aurait toujours plus d'inconvéniens à annuler, sans un motif grave, un acte de naissance ou un acte de décès, qu'à les maintenir ;

2° Il est de principe que toutes les fois qu'il s'agit d'un mariage fait en contravention à la loi, et qu'il n'existe pas d'empêchement dirimant et absolu à ce mariage, il y a plus d'inconvénient à en prononcer la nullité qu'à le laisser exister : *Matrimonia*, disait le chancelier d'Aguesseau, *contrahenda prohibentur, contracta non dissolvuntur.*

Nous nous bornerons à rapporter un exemple pris dans l'art. 228 du Code civil. Cet article défend à la femme de contracter un nouveau mariage avant les dix mois qui doivent suivre la dissolution du mariage précédent. Cette prohibition est d'ordre public ; elle a pour objet d'empêcher la confusion de part. : *confusionem partûs.* Mais si nonobstant cette prohibition, une veuve se remariait avant cette époque, et qu'un officier de l'état civil eût la faiblesse d'y consentir, ce second mariage devrait-il être annulé ? Il est certain que non : car, quelle que soit l'inconvenance d'un pareil mariage, on doit le maintenir quand il est par-

fait, le décider autrement serait s'exposer à des conséquences plus graves, ce serait frapper des époux, vivant bien entr'eux, et des enfans toujours innocens; ce serait enfin porter à l'ordre public une atteinte plus essentielle que si on fermait les yeux sur l'inobservation de l'article précité.

388. Dans ce cas et autres analogues, on doit valider l'acte ou le contrat, et appliquer la règle : *Multa fieri prohibentur quæ si facta fuerint obtinent firmitatem.* On doit en faire autant toutes les fois qu'il est évident que l'ordre public aurait plus à souffrir de l'annulation d'un acte que de sa conservation. Ce serait, en effet, aller contre la raison et contre la volonté du législateur, de rechercher un bien qui causerait certainement un mal plus considérable.

CHAPITRE VI.

De la Désuétude.

389. Les lois ne sont pas toujours abrogées par la volonté expresse des législateurs; elles peuvent l'être aussi par la désuétude, c'est-à-dire, lorsque, pendant un long temps, on s'est généralement et tacitement accordé à ne pas les exécuter. « C'est très-heureusement, disait le pair de France Lanjuinais, qu'il y a dans la nature des choses, une force conservatrice qui lutte sans cesse, souvent avec succès, contre les lois

vicieuses ; la violence peut en assurer l'exécution partielle, temporaire, apparente, mais avec le temps la raison, la justice éternelle, l'opinion finissent par détruire ces sortes de lois, etc.

390. Les anciens jurisconsultes n'étaient pas bien d'accord sur la question de savoir si les lois pouvaient être abrogées par un usage contraire, ou en d'autres termes, si elles étaient susceptibles de tomber en désuétude. Les deux opinions opposées paraissaient également fondées sur les dispositions de la loi romaine, dont nous avons cru utile de reproduire les termes.

On lit dans le § 1er de la loi 32 ff. de leg. — Que les lois peuvent être abrogées, non-seulement par la volonté du législateur, mais encore par la volonté du peuple : *Rectissime etiam illud receptum est leges non solùm suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem abrogentur.*

Au contraire, la loi 2 Cod., *tit. quæ sit longua consuetudo*, dispose que l'autorité de la coutume et d'un long usage, quoique bien respectable, ne saurait jamais l'emporter ni sur la raison, ni sur la loi : *Consuetudinis ususque longævi, non vilis autoritas est : verùm non usquè adeò sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

391. Il suffit de lire ces deux dispositions pour demeurer convaincus qu'elles sont en opposition formelle ; néanmoins, les auteurs les plus accrédités cherchèrent à les concilier ; et nous pensons que Pothier

ne laisse rien à désirer sur ce point. Il dit : « *Non potest consuetudo vincere rationem seu legem naturalem, quæ naturâ suâ immutabilis est. Nec etiam arbitrariam legem vincet nisi ità demùm, si præsumi possit accessisse tacitus legislatoris consensus, ità conciliatur hæc lex in quâ consuetudo dicitur legem vincere non posse, cùm lege* 32, § 1 *de legibus, in quâ per desuetudinem abrogantur leges ; scilicet suffragio legislatoris et tacito omnium consensû.* — Vid. Pandect, lib. 1, tit. 3, sect. 2, numb. 30, à la note.

392. Voet aux Pandectes, tit. des lois, conciliait, d'une autre manière, les deux lois ci-dessus. Voici comment il s'exprime à cet égard : « Tout ce qui vient d'être dit sur l'usage abrogatoire d'une loi antérieure, doit être entendu d'un usage raisonnable établi *dans un état démocratique, où le pouvoir de faire les lois réside entre les mains du peuple.* Que s'il paraissait que cet usage fut fondé, non sur la raison, mais sur l'erreur, comme un pareil usage ne saurait avoir force de loi, ni recevoir extension à des cas semblables, leg. 39, ff. de leg, il ne saurait non plus l'emporter sur la loi, leg. 2 Cod, quæ sit longua consuetudo »

« Dans les états monarchiques, le peuple ne pourrait, sur l'effet d'un usage contraire, quelqu'ancien qu'il fût, anéantir des lois revêtues de la sanction du prince, à moins qu'il n'apparût du consentement tacite ou de la volonté du prince ; car, le peuple lui ayant transféré le pouvoir de faire les lois, et la raison naturelle voulant que celui-là seul puisse dégager

qui a le pouvoir d'engager, et que celui-là qui a la faculté de vouloir, ait par suite celle de ne pas vouloir, leg. 4, ff. de reg. juris, comment se pourrait-il que celui qui est dépourvu du droit de faire les lois, eût cependant celui de s'en affranchir malgré la volonté du législateur. »

Cette opinion ne fut pas approuvée par les jurisconsultes, ainsi que l'atteste Merlin en son répertoire, V° usage, § 2, n° 3, car dans les monarchies, comme dans les états démocratiques, la loi est toujours l'expression formelle ou présumée de la volonté générale ; elle en est l'expression formelle dans les états où le peuple vote lui-même directement ; elle en est l'expression présumée dans les états où elle est votée par les délégués électifs ou héréditaires du peuple. Ainsi dans les uns comme dans les autres, c'est, à proprement parler, le peuple qui fait les lois; il peut donc les abroger dans les uns comme dans les autres. Voir les *Maximes du droit public français*, vol. 2, pag 351. Cochin, vol. 3, consult. 52; et Merlin, loc. cit. et v° appel, sect. 1, § 5.

393. Nos lois nouvelles n'ont rien de contraire à des principes aussi généralement admis, et, comme autrefois, elles sont susceptibles d'être abrogées par un usage contraire. Nous devons même dire que si ce genre d'abrogation a été toujours considéré comme tenant à la paix des familles et à l'ordre public, il a dû acquérir plus d'importance dans les nombreuses

révolutions que nous avons eu à subir depuis 89. Combien de lois, en effet, ont été faites avec légèreté, et repoussées par l'opinion publique! Combien de lois n'ont dû qu'à des circonstances passagères une vie aussi courte que la cause qui les avaient produites! et nos bulletins ne sont-il pas remplis de dispositions législatives qui ont cessé d'exister sans aucune abrogation formelle!

394. La jurisprudence a aussi confirmé sur ce point les anciens principes. Elle renferme une infinité d'arrêts rendus, soit pour reconnaître le mode d'abrogation qui fait l'objet du présent chapitre, soit pour en déterminer la nature et les conditions. Nous les avons étudiés et comparés, et nous avons cru trouver dans leurs diverses dispositions la sanction de la règle suivante : « *L'abrogation d'une loi par le non usage repose, d'un côté, sur le concours tacite et général du peuple qui refuse de l'exécuter, et d'un autre côté, sur la volonté du législateur et de l'autorité qui tolèrent cette non-exécution.* Or, pour que cette règle puisse recevoir son application, il faut :

395. 1° Que les faits sur lesquels on veut faire reposer la désuétude, comme ayant abrogé, la loi soient multipliés; il serait déraisonnable que l'on voulût induire un consentement unanime de quelques actes ou faits isolés qui, par cela même qu'ils seraient en petit nombre, auraient pu être ignorés du public.

396. 2° Qu'ils soient conformes; s'ils ne l'étaient pas, ils prouveraient plutôt le dissentiment qu'un accord

unanime. Le non usage ne serait pas suffisamment établi.

397. 3° Qu'ils soient publics. L'opinion publique n'a pu se former sur un fait, une disposition qui n'auraient été connus que de quelques habitans ; Heineccius ad Pand., lib, 1, tit. 4, § 104. Au reste, il n'est pas précisément nécessaire qu'il ait été rendu des jugemens contradictoires. La désuétude peut résulter d'actes extra-judiciaires, de transactions et actes en général. Voet ad Pand. de leg., n° 30.

398. 4° Qu'ils puissent être, en quelque sorte, attribués à la généralité des habitans : *Tacito omnium consensu*, etc., etc. C'est pourquoi il faut distinguer avec soin la désuétude *générale* et la désuétude *locale*. Il n'y a que la première qui puisse abroger une loi générale ; la seconde n'est jamais suffisante. Il a été jugé avec raison, que dans l'arrondissement particulier où une loi générale était tombée en désuétude, l'arrêt qui se conformait à cet usage, et violait la loi, devait être cassé. Au contraire, il a été jugé que l'arrêt qui méconnaissait cet usage local pour se conformer au texte de la loi, devait être maintenu. Arrêts de la Cour de cassation, des 9 et 12 vendémiaire an XI, 11 pluviôse an X, 25 brumaire an VI ; thermidor an XII, et floréal an XIII.

399. 5° Il est nécessaire que les actes ou les faits invoqués pour établir la désuétude, aient été tacitement approuvés par l'autorité : car, si elle les avait

condamnés, si même ils étaient de nature à ce qu'on ne puisse pas supposer que le législateur ait voulu les tolérer, la loi conserverait toute sa force.

Quid, si la loi était prohibitive de tout usage contraire; si par exemple, le législateur avait déclaré que la loi serait observée, nonobstant tout usage qui tendrait à l'abroger? Dunod pense que dans ce cas, elle empêcherait l'usage de naître et de se former. Nous ne saurions partager cette opinion : sans doute l'abrogation serait beaucoup plus difficile à s'opérer, il faudrait beaucoup plus de temps, et un plus grand nombre d'actes contraires, mais du moment que ces actes seraient multipliés, qu'ils se renouvelleraient journellement avec les caractères ci-dessus, ils abrogeraient la loi, malgré la défense qui se trouverait comprise dans ses dispositions. Une pareille défense est, en quelque sorte, un excès dans le mandat que le législateur a reçu du peuple ; il avait le pouvoir de faire la loi, mais il n'avait pas le pouvoir de la faire perpétuelle, et le peuple a toujours le droit de ne pas approuver une loi injuste ou même inutile, et de l'abroger par le non usage.

400. Il ne suffit pas à une partie d'alléguer la désuétude, elle doit la prouver. Cette preuve se faisait autrefois par turbes ; chaque turbe était composée de dix témoins non suspects, qui ne formaient tous ensemble qu'un avis; et chaque enquête devait être composée au moins de deux turbes. Ce mode fut

supprimé par l'ordonnance de 1667 ; on y substitua des actes de notoriété, que délivraient sur requête les Parlemens, et même quelquefois les tribunaux inférieurs. Ces sortes de certificats, émanés d'une seule Cour souveraine, ne pourraient plus obtenir cet effet aujourd'hui, qu'il est reconnu que l'usage local ne peut abroger une loi générale, suprà n° 368, à moins qu'on ne supposât une masse de certificats délivrés par toutes les Cours du royaume, ce qui serait extrêmement difficile, et d'ailleurs contre nos habitudes.

401. Nos lois ne disent rien sur le genre de preuves que les tribunaux doivent admettre pour établir la désuétude, et par cela même, ceux-ci n'ont nullement besoin de recourir aux moyens exigés par l'ancienne jurisprudence; l'existence de quelques arrêts, l'opinion même des auteurs peuvent déterminer l'opinion des juges, pourvu que ces arrêts et ces opinions soient uniformes.

402. Jusqu'ici nous avons supposé que la loi était abrogée par des actes conformes et multipliés, et faits en opposition à ses dispositions ; nous devons prévoir le cas où cette loi, étant ancienne, n'aurait point été exécutée, sans que cependant l'usage eût rien consacré de contraire à ses injonctions ou à ses défenses.

On tenait autrefois pour certain, que dans cette hypothèse la loi n'était point abrogée : *Cum de consuetudine civitatis, vel provinciæ confidere quis videtur, primùm illud explorandum arbitror an etiam contradicto aliquandò*

judicio consuetudo firmata sit, leg. 34, ff. de leg.—D'Argentré, cout. de Bret., § 323, 1, n° 7.

Cette opinion nous paraît exacte; nous ne pouvons pas concevoir d'abrogation sans une espèce d'opposition émanée du peuple. Il faut un usage contraire, et ce n'est que dans les actes et les faits qui l'établissent, que l'on trouve cette protestation qui seule peut abroger la loi. A défaut d'un pareil usage, le silence est sans expression et sans force, et la loi conserve toute son autorité; « la simple dénégation d'un fait, disait « Voet aux Pand., de leg, n° 35, les déclarations que « feraient des témoins ou des auteurs qu'ils n'ont « jamais vu ni su que telle loi ait reçu d'application, « ne suffiraient pas pour justifier que la loi est tombée « en désuétude. » —Ce fut pour faire cesser tous les doutes sur ce point, que la loi du 21 septembre 1792 ordonna que les lois non abrogées fussent provisoirement exécutées.

403. L'abrogation, résultant d'un usage contraire, ne peut jamais affaiblir les lois que le législateur n'a point faites.—Il est certain, par exemple, que les lois naturelles ne peuvent point tomber en désuétude. « Les lois immuables, dit Domat, Traité des lois, chap. 11, s'appellent ainsi, parce qu'elles sont naturelles et tellement justes, toujours et partout, qu'aucune autorité ne peut les changer, ni les abolir. » — Il est également certain que les lois qui font partie du droit des gens, ne peuvent pas non plus être abrogées par un usage contraire, ces lois étant communes à

toutes les nations ; il ne peut dépendre de l'une d'elles d'abroger des dispositions qu'elle n'a point faites : *nihil enim tàm naturale est, quàm eodem genere quodque dissolvere, quo colligatum est*, leg. 35, ff. de reg. juris.

Enfin, il est également reconnu que les lois qui constituent le droit public des nations, ne peuvent point être abrogées par un usage contraire. Ces lois forment notre organisation sociale ; on ne pourrait leur porter la moindre atteinte, sans jeter l'inquiétude dans la nation, sans l'exposer à des déchiremens, à des révolutions. « Les constitutions, disait M. Dupin dans sa réplique pour M. de Pradt, sont les colonnes sur lesquelles s'appuient les gouvernemens ; on ne peut les ébranler sans qu'aussitôt l'édifice entier menace ruine. » — M. de Chateaubriand avait exprimé la même idée d'une manière d'autant plus remarquable, que les événemens l'ont entièrement confirmée. « La Charte, disait-il, est plus forte que nous : Quiconque voudra la détruire, sera détruit par elle. »

404. Moyennant ces exceptions, toutes les lois sont sujettes à tomber en désuétude ; d'Aguesseau, lett. du 26 octobre 1736 ; mais surtout les lois *de circonstance*, celles dont Bacon a dit dans ses aphorismes : *Quæ manifestò temporis leges fuere, atquè ex occasionibus reipublicæ tunc invalescentibus natæ*. Ces lois sont abrogées avec d'autant plus de facilité, que nées à l'occasion de circonstances qui durent peu, elles ne sont censées faites que pour le temps où elles pourront être nécessaires ;

elles doivent périr avec les circonstances qui les avaient fait porter, avec la cause qui les avaient produites.

405. Lorsqu'une loi est tombée en désuétude, elle perd sa force et son autorité, *Aristote, lib.* 2, *cap.* 6, *de legibus*. Elle est réputée n'avoir jamais été faite, *mantica de ambig. et tac. convent*, lib. 5, tit. 13, n° 40 et 41. La partie de ses dispositions qui était prescrite à peine de nullité, n'oblige pas plus que la loi même; l'usage justifie l'omission des formalités qu'elle exigeait, et il est bien certain qu'on ne peut plus tirer un moyen de cassation d'une loi qui a été tacitement abrogée par un usage contraire; d'Aguesseau, loc. cit.

406. L'usage, avons nous dit, abroge la loi, mais il ne faut pas croire qu'il puisse acquérir l'autorité de la loi, et ajouter à celle-ci une ou plusieurs dispositions, que par exemple il puisse ajouter à celle-ci une peine de nullité qu'elle ne porterait pas, et qui ne serait pas dans son esprit. Un arrêt et un jugement ne pourraient point être cassés, par cela seul qu'ils auraient été rendus contrairement à un usage; et si, par une fausse interprétation et par suite d'une erreur commune, on avait accueilli de pareilles nullités, cela n'engagerait pas les tribunaux; ils pourraient juger contrairement à leurs précédens jugemens; ils le devraient même, suivant ce que nous avons dit, au troisième chapitre, qu'ils ne peuvent prononcer de nullités qu'autant que la loi les y autorise.

CHAPITRE VII.

Des Nullités sans griefs.

407. Les lois ayant principalement pour objet l'ordre public et la conservation des intérêts particuliers, leurs dispositions n'ont et ne peuvent jamais avoir de l'importance, qu'autant que de leur inobservation doit résulter un dommage quelconque ; l'absence de tout préjudice enlève à une contravention toute sa gravité, et ce serait méconnaître la volonté du législateur et les règles de l'équité, que de faire résulter de cette contravention la nullité d'un acte ou d'une convention ; aussi a-t-on toujours tenu pour certain qu'il *n'existait point de nullité sans grief.*

Cette maxime est née du besoin de proscrire ces procès scandaleux, par lesquels un débiteur retardataire, un plaideur de mauvaise foi, se flattant de se soustraire, au moins pour quelque temps, à une obligation qu'ils ont légitimement contractée, se plaignent d'une omission ou d'une contravention qui ne leur ont cependant enlevé aucune des garanties que le législateur avait voulu leur donner, et qui en un mot ne leur ont porté aucun préjudice

« Je ne conçois pas bien, disait le chancelier d'Aguesseau, vol. 8, pag. 316, ce que vous voulez dire quand

vous remarquez que dans l'écrou du nommé......, il n'est pas fait mention de la qualité; d'où vous concluez que tout le procès est nul, parce que l'écrou en est la base et le fondement; il faudrait savoir premièrement ce que c'est que cette qualité dont on a omis de faire mention; et je ne conçois pas que cette omission telle qu'elle soit, puisse être d'une si grande conséquence, *n'y ayant point d'erreur et de doute sur la personne.*

408. Elle était généralement admise dans l'ancienne jurisprudence, et il n'existe dans nos lois aucune disposition qui puisse faire supposer qu'elle n'ait point passé dans la législation moderne; la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours royales l'ont consacrée dans une infinité de circonstances, et les auteurs ne l'ont pas révoquée en doute. Voici quelques exemples dans lesquels cette règle reçoit son application.

409. L'art. 608 du Code de procédure civile est ainsi conçu : « Celui qui se prétendra propriétaire d'effets saisis pourra s'opposer à la vente, par exploit signifié au gardien, et dénoncé au saisissant et au saisi, contenant assignation libellée, et l'énonciation des preuves de propriété, à peine de nullité. » On suppose qu'en assignant le saisissant et le saisi, on ait seulement signifié au gardien l'opposition à la vente sans lui donner l'assignation; cette omission entraînerait-elle la nullité de la procédure? L'affirmative semblerait devoir résulter de la généralité des expressions

dont s'est servi le législateur dans l'article précité; cependant on a considéré que cette omission n'occasionnait aucun préjudice à personne, et l'on pense généralement qu'elle ne doit point entraîner la nullité de la revendication. (Carré, sur l'art. 608 du Code de procédure civile.)

410. Par suite de la même règle, il a été jugé que l'exploit qui ne renfermait pas le nom de l'huissier, mais seulement sa signature, ne devait pas être annulé, bien que l'art. 61 du Code de procédure prescrive cette énonciation à peine de nullité ; car, dit la Cour de Toulouse, dans un arrêt du 11 juillet 1821, rapporté dans le Recueil des arrêts de cette Cour, vol. 3, part. 1re, pag. 21, si le législateur a voulu par cette formalité, que la partie assignée pût, à la simple lecture de l'exploit, apprendre d'une manière non équivoque quel était l'huissier porteur de l'acte, pour s'assurer s'il avait le droit d'instrumenter dans le ressort, son intention est remplie, quoique l'huissier ait omis son nom après l'énonciation de sa demeure et de son immatricule, si d'ailleurs il a apposé sa signature au bas.

411. La Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens ; voici dans quelle espèce : une saisie immobilière avait été faite en vertu d'un jugement contradictoire en dernier ressort : la saisie n'indiquait pas la profession du saisissant, et se trouvait ainsi frappée de nullité par les art. 61, 675, 677, 717 du Code de procédure civile. Cette nullité ayant été proposée, les

juges refusèrent de l'accueillir, par le motif que le saisi n'avait pu méconnaître la profession du saisissant, avec lequel il avait été jugé contradictoirement lors de la condamnation obtenue contre le saisi, condamnation en vertu de laquelle la saisie immobilière se poursuivait; qu'ainsi la nullite était sans griefs (jugement du tribunal de Castres, du 23 octobre 1811); sur l'appel, la Cour de Toulouse rendit un arrêt confirmatif de ce jugement, le 23 décembre 1811. — Le saisi s'étant pourvu en cassation contre cet arrêt, le pourvoi fut rejeté, à cause qu'il était constant en fait, que le saisi avait été désigné au procès-verbal de saisie de la même manière qu'il l'avait été dans tous les actes de procédure, pour parvenir au jugement dont la saisie a été l'exécution; en sorte que le demandeur avait la connaissance la plus précise de la personne du saisissant, etc., etc., etc.

411. Il a été également jugé qu'un exploit de signification ne devait pas être annulé, par cela seul que l'huissier avait omis la date de l'année, si d'ailleurs la partie avait pu connaître cette date, au moyen des actes signifiés et des énonciations renfermées dans l'exploit. — Arrêt de cassation du 8 nivôse an XI, rapporté par Sirey, vol. 3, part. 2, pag. 553.

412. Par la même raison, le défaut de date dans un acte notarié ordinaire ne serait point une cause de nullité, si par la date de l'acte qui le précède, par la date de l'acte qui le suit, et par des énonciations in-

contestables, cette date ne pouvait pas être douteuse.

On peut voir un arrêt de la Cour de cassation du 22 février 1819, rapporté par Sirey, vol. 19, part. 1re, pag. 103. — Deux arrêts de la Cour royale de Bourges, rapportés par Sirey, vol. 22, part. 2, pag. 157. Arrêt de la Cour de Montpellier, rapporté dans le Recueil des arrêts de la Cour de Toulouse, vol. 2, part. 2, pag. 157.

413. La maxime qu'il n'est point de nullité sans grief, a pour objet de repousser une action dont le mobile est la chicane ou la malice ; elle est la conséquence de cette règle de justice qu'il ne faut jamais se montrer indulgent pour la méchanceté des hommes : *Maliciis hominum non est indulgendum.* Elle est dès-lors d'ordre public. — C'est par ce motif qu'il a été jugé

1° Que l'exception prise de défaut de grief ne peut point être converte, que l'on est admis à l'opposer en tout état de cause, même en appel. — Arrêt de la Cour de cassation, du 4 avril 1810, rapporté par Sirey, vol. 10, part. 1re, pag. 218 ;

2° Que cette exception doit être accueillie d'office par les tribunaux, si les parties ne la proposent pas, même dans le cas où elles font défaut : aucune considération ne pouvant porter le juge à annuler une procédure, ou un acte, pour cause d'une omission sans importance qui n'a pu porter aucun préjudice à la partie qui s'en plaint.

414. On pensait autrefois que la maxime qu'il n'est

point de nullité sans griefs ne pouvait être opposée à celui qui, bien qu'il n'en eût point ressenti un préjudice particulier, proposait une nullité prononcée dans l'intérêt public : on disait qu'en cette matière, le demandeur en nullité avait toujours un intérêt suffisant comme membre de la société, à faire annuler un acte immoral, illicite, dont l'existence tendrait à compromettre la tranquillité de cette société elle-même. Dunod, des Prescriptions, part. 1er, chap. 8.

Cette opinion était juste sous la législation romaine, parce qu'alors on ne connaissait pas l'institution d'un corps de magistrature, chargée d'exercer les actions qui se rapportent à l'ordre public ; chaque citoyen avait le droit d'intenter les actions de ce genre, actions que par ce motif la loi appelait : *populaires,* leg. 2, § 3, de popul. act. — Aujourd'hui, de même que sous l'ancienne jurisprudence française, il ne peut en être ainsi : les actions populaires n'existent plus (Serres aux inst., pag. 378.) Nous avons des magistrats spécialement chargés de faire respecter les lois et de veiller à la conservation de l'ordre public; dépositaires des plaintes des citoyens, ce n'est que par leur organe que ceux-ci peuvent dénoncer à la justice l'existence d'un acte contraire au bon ordre ; si ces derniers s'adressaient directement aux tribunaux, pour demander la nullité d'un pareil acte, ils devraient être repoussés par cela seul que la contravention à la loi ne leur a apporté aucun préjudice, et qu'ils ne peuvent pas proposer une nul-

lité sans grief. — L'intérêt de la société exige qu'on prévienne ces actions odieuses qui, sous le prétexte du bien public, ne seraient que l'effet de la méchanceté et de la haine, et qui se multiplieraient en raison de la grande facilité qu'il y aurait à les proposer.

415. Enfin, on ne doit pas perdre de vue que la règle, *qu'il n'est point de nullité sans grief*, n'est qu'une règle d'interprétation, et qu'il n'est possible de l'appliquer que dans les cas où la volonté du législateur peut être douteuse. Si la loi est claire, précise, exempte d'équivoque, le juge ne peut se dispenser de prononcer la nullité, il n'a point à rechercher le plus ou moins d'intérêt que les parties ont à la proposer, suprà n° 327. Seulement dans ce cas la maxime ci-dessus doit faire accueillir les équipollens et les inductions, suprà n°s 361 et 366.

CHAPITRE VIII.

Par quelles voies doit-on faire déclarer les Nullités.

416. Lorsqu'un acte ou une convention sont nuls ou annulables, la partie à qui appartient le droit de proposer la nullité, doit agir par voie d'action principale. Cette action est une action ordinaire, dont l'exercice doit subir la forme et les délais des actions en général. — Cette partie peut aussi proposer la nullité par exception, toutes les fois qu'elle est poursuivie

en vertu d'un acte nul ou annulable. — Mais toujours il est nécessaire qu'elle obtienne jugement, car les nullités ne produisant pas leurs effets de plein droit (suprà n° 16), les actes sont présumés valables jusqu'à ce que la nullité en ait été déclarée par jugement; arrêt de la Cour de cassation, du 27 août 1818, Sirey, 1-405. — Il n'y a exception que lorsque la loi, portant une nullité, ajoute *qu'il ne sera pas besoin qu'elle soit prononcée*. Voir les art. 366 et 692 du Code de procédure; ou encore lorsqu'un acte est tellement informe qu'il doit n'être considéré que comme un simple projet; comme si, par exemple, une partie opposait un acte notarié qui ne serait signé ni par les parties, ni par les notaires. Arrêt du 6 mai 1813, rapporté au Bulletin officiel.

417. Quant aux jugemens, ils ne peuvent pas être attaqués par voie d'action principale en nullité ; ni par exception. La partie qui veut les faire annuler, doit nécessairement recourir aux voies ordinaires que la loi prescrit pour les attaquer. Arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 1812 ; et il est de principe que les nullités des jugemens ne peuvent plus être proposées, dès que par l'expiration des délais fixés pour les attaquer, ils ont acquis l'autorité de la chose jugée.

418. Les voies légales pour faire annuler les jugemens sont, 1° l'opposition simple, lorsque le jugement a été rendu par défaut ; 2° l'appel ; 3° la tierce opposition ; 4° la requête civile ; 5° la cassation. — On peut

ajouter à ces moyens directs de faire réformer un jugement, la prise à partie et le désaveu.

419. L'ordre des juridictions a été calculé sur le plus grand intérêt des plaideurs, et sur des raisons d'intérêt général, aussi n'est-il permis à personne de le méconnaître, et de franchir les divers degrés dont il se compose ; il est reconnu qu'on ne peut user à la fois de deux des moyens ci-dessus, pour faire rétracter un jugement, et qu'on ne peut recourir à celui que la loi indique en dernier lieu, qu'après avoir successivement employés tous ceux qu'elle indique en premier ordre.

420. Le Code de procédure civile indiquant avec exactitude les voies ordinaires et extraordinaires pour faire reformer les jugemens, il est facile de faire l'application des dispositions qu'il renferme à cet égard. Nous avons, néanmoins, pensé qu'il était convenable de dire un mot sur deux circonstances importantes qui se présentent souvent dans la pratique.

421. Nous avons dit que le recours de cassation et la requête civile étaient deux moyens que la loi donnait pour faire réformer les jugemens. L'un et l'autre ont pour objet de dénoncer une contravention à la loi; mais comme il n'est pas permis d'employer l'un ou l'autre indistinctement, on a élevé des doutes sérieux sur leur application. Plusieurs arrêts contradictoires ont été rendus, et ce n'a été que depuis quelque temps que la jurisprudence a été fixée sur ce point. Elle a consacré :

1° Que la violation des formes prescrites à peine de nullité, lorsqu'elle provient du fait des juges, donne lieu à la cassation; arrêt du 19 décembre 1831, Sirey 32-1-216;

2° Que la violation des formes ou nullités provenant du fait des parties, *lorsqu'elles ont été proposées*, donne également lieu à cassation. Arrêt du 19 juillet 1809, Sirey, vol. 14-1-160;

3° Enfin, que la violation des formes prescrites à peine de nullité ne donne lieu à requête civile, qu'autant qu'elle provient du fait des parties, et que celles-ci ne les ont pas proposées, lors du 1er arrêt. Arg. des deux arrêts ci-dessus.

422. Nous avons dit également que la tierce-opposition était un moyen de faire annuler les jugemens. La tierce-opposition est une voie extraordinaire par laquelle on attaque un jugement rendu dans une affaire, et lors duquel on n'a pas été appelé.

La nécessité de ne pas confondre les moyens de recours que la loi donne pour faire réformer les jugemens et arrêts, a donné naissance à une question du plus grand intérêt; c'est celle de savoir si pour écarter l'exception de la chose jugée, tirée mal à propos d'un jugement dans lequel on n'a pas été partie, il est absolument nécessaire de former tierce-opposition à ce jugement?

La jurisprudence des arrêts et des auteurs ont adopté la négative de cette question, rien ne s'oppose donc à

ce que celui à qui on oppose un jugement dans lequel il n'a pas été partie, puisse dire : « Ce jugement m'est étranger ; il est à mon égard comme s'il n'existait pas. — Cette décision est la conséquence de l'art. 1351, qui dispose que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard des parties qui y ont figuré. Elle n'est pas d'ailleurs contrariée par l'art. 474 du Code de procédure civile, qui porte qu'une partie *peut* former tierce-opposition, etc., etc. Cet article, en effet, n'établit qu'une faculté dont il est loisible de ne pas user, toutes les fois qu'on a un moyen plus simple et moins coûteux. Arrêts de la Cour de cassation, rapportés au Recueil de questions de droit de Merlin, V° *chose jugée*, § 2. — Carré, sur l'art. 474; quest. 1568. — Beriat de Saint Prix, sur le même article. M. Pigeau pense même qu'il n'y a pas lieu de recourir à la tierce-opposition, quand le jugement ou l'arrêt ont été exécutés, car, dit-il, on conçoit bien une opposition à quelque chose qui est à faire, mais on ne peut concevoir l'opposition à une chose déjà faite. Cette distinction n'est pas dans la loi, cependant elle nous paraît raisonnable, et dans tous les cas, elle nous donne à penser que lorsqu'on a exécuté contre moi un jugement, lors duquel je n'avais pas été appelé, je puis agir par action directe contre l'injuste détenteur de mon héritage, sans qu'il puisse exiger que j'agisse par la voie de la tierce-opposition.

423. Il résulte de ce que nous avons établi au n° 418,

qu'un tribunal ne peut jamais annuler le jugement par lui rendu; il n'y a pas, en effet, de règle plus triviale que celle qui défend à un juge de se réformer lui-même : *Judex posteà quàm semel sententiam dixit judex esse desinit*, leg. 55, ff. de re judicatâ. Toutefois il n'y a pas violation de cette règle, par cela seul qu'un tribunal aurait rectifié un jugement bien rendu, mais qui contiendrait une énonciation erronée, et de laquelle résulterait une nullité; la partie qui serait intéressée à faire relever cette erreur, pourrait agir directement devant le tribunal qui l'aurait commise, pourvu que les choses fussent entières, c'est-à-dire tant que les juges n'auraient point été dépouillés par un appel. — Voir les arrêts rapportés ou indiqués par Sirey, vol. 28, part. 1, pag. 413. Arg. de l'art. 541 du Code de procédure civile.

424. Il n'y a pas non plus violation de la règle ci-dessus, par cela seul que les juges auraient annulé un jugement interlocutoire ou de pure instruction qu'ils auraient précédemment rendu. Il est de principe que de tels jugemens ne lient pas les juges; et que ceux-ci peuvent n'y avoir aucun égard; par rapport à leur annulation, on ne peut appliquer les règles que nous avons posées pour les jugemens définitifs. Pothier en donne la raison dans ses Pandectes : *Hæc precipua inter sententiam definitivam, et interlocutionem observanda est differentia : nimirùm interlocutio est pronuntiatio judicis, quod ad litis progressum spectat : quum*

igitur judex qui eum pronuntiavit, pergat esse judex, eam meliùs consultus mutare potest. Contrà sententia definitiva est ea, quà per condamnationem aut absolutionem causa finitur: undè quum ea judicis officium finiatur retractari ab eo non potest. »

425. L'action principale en nullité, est ouverte contre les jugemens des arbitres volontaires, art. 1028 du Code de procédure civile. — En est-il de même dans le cas où il s'agit d'arbitrage forcé?

Oui, si les parties ont donné pouvoir aux arbitres de juger comme amiables compositeurs, jugeant sans règles de droit ni de forme, et sans appel ni cassation. Arrêt du 16 juillet 1817, et 6 avril 1818.

Non, si ce pouvoir n'a pas été donné. Arrêt de la Cour de cassation, du 26 mai 1813, et 7 mai 1828. — On lit dans le premier de ces deux arrêts : « Attendu que les arbitres ont prononcé sur des différens relatifs à une société de commerce, que dès-lors ils ne peuvent être considérés comme arbitres volontaires, puisqu'il n'était pas au pouvoir des parties de se soustraire à leur juridiction, que ces arbitres, comme tous ceux auxquels on est forcé par la loi de recourir, ont le caractère de juges, et donnent à leurs décisions rendues soit en premier, soit en dernier ressort, l'autorité du jugement ou arrêt contre lequel la voie de nullité ne peut pas être admise. »

CHAPITRE IX.

Quels sont ceux qui ont qualité pour se prévaloir des Nullités.

426. Nous avons vu au chapitre précédent, qu'il n'y avait point de nullité sans grief. Les motifs de cette règle nous conduisent à cette conséquence, que tout individu, à qui une contravention n'a occasioné aucun tort, ne saurait être recevable à proposer ni à opposer la nullité qui en résulte. — La nullité est, d'ailleurs, suivant les anciens interprètes, un remède de droit : *Remedium juris*, que le législateur donne à celui à qui la contravention a fait mal. Or ce serait en abuser et méconnaître la volonté de la loi, que d'accorder ce remède à celui qui n'a point eu à en souffrir.

Comme aussi on doit reconnaître, qu'*en général* tout individu à qui la violation de la loi a porté préjudice, a le droit de se plaindre ; nous disons *en général*, parce qu'il arrive souvent que celui qui a souffert des suites d'une contravention, et qui par cela-même devrait avoir qualité de se prévaloir de la nullité attachée à cette contravention, en est cependant empêché par des raisons d'ordre public, par des motifs de convenance. Ces deux propositions résultent de l'ancienne règle : *De nullitate dicere et excipere potest omnis qui ex ea senserit se gravatum quia est remedium juris et solùm quærendum est quis ab eo prohibeatur.* Vantius, de nullitatibus, chap. 3, numéro 1er.

427. Cette règle mérite toute l'attention des jurisconsultes ; elle est frappante par sa justesse et par l'étendue de ses conséquences, et l'on ne doit jamais la perdre de vue dans les questions qui peuvent se rattacher au présent chapitre. Elle nous paraît justifier la présomption raisonnable et légale, que *celui qui a eu à souffrir de l'inobservation d'une disposition de la loi, a qualité pour se prévaloir de la nullité qui s'y trouve attachée.* Le juge n'a point à rechercher si le législateur a expressément donné ce droit à cette partie ; il doit se borner à voir s'il a entendu le lui ôter ; *Et solùm quærendum est quis ab eo prohibeatur.* Si cette intention n'est point positive, l'intérêt de la partie forme son droit et sa qualité, et le juge ne peut se refuser d'accueillir sa demande : *De nullitate dicere et excipere potest omnis qui ex eâ senserit se gravatum.*

428. Ce qui, du reste, donne à cette présomption un caractère de vérité incontestable, c'est ce que nous avons dit, suprà n° 24, que le droit de proposer ou opposer, exclusivement à d'autres, la nullité d'un acte ou d'une convention, était un véritable privilége. Lors donc que le législateur prononce une nullité, sans dire par qui elle pourra être proposée ou opposée, il est censé avoir reconnu que tout intéressé aurait ce droit ; le silence qu'il a gardé est exclusif de tout privilége, car il ne peut y avoir dans la condition et les droits des citoyens, d'autre inégalité que celle que la loi crée elle-même d'une manière certaine.

429. Le juge doit d'autant mieux s'attacher à cette règle, il doit d'autant plus éviter de reconnaître à une partie un droit privilégié, hors des cas déterminés par la loi, c'est que la convention ou l'acte annulable dans l'intérêt de quelqu'un, ne sont pas véritablement nuls; relativement aux autres parties et autres intéressés, ils sont valables et produisent leur effet tout comme s'ils ne renfermaient ni omission, ni contravention. Nous avons dit, en effet, suprà n° 10, que quand un acte était nul ou rescindable en faveur d'une ou de plusieurs parties, on devait entendre la nullité en ce sens, qu'elle était facultative à la partie pour laquelle elle avait été établie, et qu'il dépendait d'elle que l'acte fût annulé ou maintenu : *Quandò actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit.*

430. Cette théorie servira à résoudre une infinité de questions importantes et encore controversées; appliquée avec soin, et par des esprits judicieux, elle simplifiera la proposition que nous avons mis en tête du présent chapitre, et dissipera le plus grand nombre de difficultés dont se trouve hérissée la partie de notre droit qui se rattache à cette même proposition. Nous allons nous-mêmes en faire l'application à plusieurs espèces.

431. Les nullités d'ordre public absolues, avons-nous dit, sont l'effet de la contravention aux lois qui intéressent la masse des citoyens : or, comme l'exercice des actions qui se rattachent à un intérêt aussi général,

est confié à des magistrats spécialement chargés de ce soin par les dispositions de la loi, il est certain qu'un simple particulier serait sans qualité pour proposer une nullité de cette espèce.

Il en serait autrement si l'acte nul lui portait préjudice. Alors, il pourrait proposer la nullité, non parce qu'elle serait contraire à l'ordre public; mais seulement parce que l'acte nul lui ferait ressentir un tort particulier; il en userait comme d'un remède au mal que la contravention lui aurait fait; arrêt de la Cour de cassation, du 17 mai 1810, rapporté par Merlin, en ses Questions de droit; V° nantissement; voir surtout, infrà n. 481; et dans ce cas, son intérêt formant la base de son action, le juge ne pourrait le repousser qu'autant que le législateur se serait prononcé dans ce sens.

432. Lorsqu'il s'agit d'une nullité de forme, et qu'elle est le résultat d'une omission qui frappe de *non esse* l'acte qui la renferme, cet acte n'existant pas, ne peut être obligatoire pour personne. Tous ceux qui ont intérêt, ont par cela même le droit d'exciper de la nullité. Cela a lieu, par exemple, dans tous les contrats et actes solennels.

433. Ce n'est pas par rapport à ces nullités qu'il existe de grandes difficultés. Les doutes ne peuvent s'élever que dans les cas où il s'agit d'une nullité relative, c'est-à-dire d'une nullité qui n'a pas été portée pour tous les intéressés, et qui, à la différence des

nullités de *non esse* (qui sont en quelque sorte la punition infligée à ceux qui ont méconnu la loi), ne sont considérés que comme un moyen de réparer un préjudice éprouvé. La difficulté consiste précisément à savoir quels sont ceux que le législateur a eu en vue, quels sont ceux auxquels il a entendu accorder cette réparation.

434. Il est un grand nombre de dispositions dans lesquelles le législateur, en créant une nullité, en a déterminé l'application et les effets à l'égard des parties ayant un intérêt différent. Alors la conduite du juge est facile; il doit suivre la loi. Par exemple, il n'y a pas de difficulté pour décider quelles sont les parties contractantes qui ont le droit de se prévaloir d'une nullité résultant de l'incapacité des mineurs, de l'interdit, ou de la femme mariée; il est certain que le législateur n'ayant porté cette nullité qu'en faveur du mineur, de l'interdit, de la femme mariée et du mari, ceux-ci ont seuls qualité pour se faire restituer contre leurs engagemens, ou pour les faire annuler dans les cas prévus par la loi. — Art. 225, 1124, 1125 du Code civil.

Ce droit accordé par la loi à un incapable, est basé sur des motifs puissans d'ordre public; il est extrêmement favorable, et personne, pas même ceux qui ont traité avec eux, ne peut s'en plaindre. En effet, en traitant avec des mineurs, des interdits, des femmes mariées, on s'expose à une condition résolutoire, qui

dépend uniquement de leur volonté, on s'expose au préjudice qui doit résulter de cette résolution. Or, *volenti non fit injuria.*

En plaidant avec eux, on a également consenti à l'inégalité des chances; en effet, on devait veiller à ce que les formalités et les conditions nécessaires pour assurer, par rapport à l'incapable, l'entier effet du jugement à intervenir fussent observées; c'est une maxime triviale au barreau, que *chacun est fondé à demander que la cause soit mise en état, et à exiger que la partie adverse prenne les mesures nécessaires pour assurer, quant à elle, l'entière exécution de la décision* qui va être portée; en ne le faisant pas, on s'expose volontairement à la perte qu'on éprouve par l'effet de la nullité du jugement rendu contre un incapable qui n'avait pas été suffisamment habilité.

435. Il est également certain aujourd'hui que la nullité résultant de l'incapacité des communes, n'est une nullité absolue que dans le cas où il s'agirait de l'aliénation de leurs droits immobiliers; dans tous les autres cas, elle n'est que relative et établie en leur faveur : ce serait vainement que les parties capables qui ont traité ou plaidé avec elles voudraient se prévaloir de la nullité que la loi attache à cette incapacité.

Cette opinion a été long-temps contestée, la Cour de cassation avait elle-même plusieurs fois jugé que, d'après les art. 54 et 56 de la loi du 14 décembre 1789,

les lois des 20 août 1791 et 24 avril 1793, la nullité résultant de l'incapacité des communes était absolue, et qu'elle pouvait être invoquée même par le particulier qui avait perdu son procès contre elles, sans avoir opposé le défaut d'autorisation (Arrêt du 16 mai 1810, rapporté par Sirey, vol. 11, part. 1re, pag. 121.

Les décisions de la Cour de cassation, dit M. Favard de Langlade, en son Répertoire de législation, V° nullité, § 2, nomb. 2, étaient fondées sur ce que l'incapacité des communes de plaider et d'acquérir des domaines nationaux sans autorisation, sont d'ordre public, et comme l'on ne peut, par des conventions particulières, déroger aux lois qui touchent cette matière, on ne le pouvait pas non plus par l'acquiescement, qui n'est qu'une convention expresse ou tacite; mais cette opinion que ce savant magistrat paraît avoir adoptée, a été proscrite par la Cour de cassation elle-même, qui a cru convenable et juste d'abandonner sa première jurisprudence; on peut s'en convaincre par les termes et les espèces de deux arrêts, l'un du 8 mai, l'autre du 22 mai 1827, rapportés par Sirey, vol. 27, part. 1re, pag. 405. Voici l'espèce du dernier de ces arrêts.

Une forêt avait été achetée en l'an IX par plusieurs habitans de la commune de Durmenach; la commune a prétendu, plus tard, que cette acquisition avait été faite pour son compte, et en vertu du mandat qu'elle en avait donné aux acquéreurs; elle a demandé, en

conséquence, à être mise en possession de la forêt. Les acquéreurs, au nombre desquels se trouvait le sieur Niefergold, ont défendu à cette demande, en soutenant, 1° qu'il n'y avait pas eu de mandat de la part de la commune; qu'elle n'en rapportait pas la preuve, et que d'ailleurs, dans le contrat d'acquisition, les acquéreurs avaient stipulé en leur nom, et nullement au nom de la commune; 2° que la commune n'avait pas été autorisée pour acquérir, et que ce défaut d'autorisation emportait nullité de tous les actes dans lesquels elle aurait figuré pour cet objet.

Jugement du tribunal, et le 29 juin 1815, arrêt de la Cour royale de Colmar, qui, écartent les deux exceptions proposées par le sieur Niefergold et consorts, et accueillent les prétentions de la commune. La Cour considéra que la preuve de l'existence du mandat résultait suffisamment dans l'espèce, des circonstances et des pièces produites; en second lieu, que la nullité prise de défaut d'autorisation, ne pouvait être opposée à la commune; que cette autorisation ne deviendrait d'ailleurs nécessaire que lorsqu'il aurait été statué sur les droits de la commune, et qu'il y aurait lieu pour elle de se mettre en possession.

Pourvoi en cassation par le sieur Niefergold et consorts : 1° Pour violation des articles 1341 et 1995 du Code civil, sur la preuve du mandat; 2° pour violation des lois des 20 août 1791, et 24 avril 1793, relatives à l'autorisation des communes pour acquérir.

« La Cour, sur le premier et sur le deuxième moyens, attendu que les principes qui ne permettent pas aux communes d'acquérir sans autorisation, ne sont établis qu'en leur faveur, parce qu'elles sont réputées en état de minorité; mais que la nullité purement relative dans l'espèce, ne peut être relevée par ceux qui ont contracté avec elles, ou en leur nom, rejette, etc. »

436. La jurisprudence va même plus loin, et pour assurer d'autant mieux la règle que la nullité résultant de l'incapacité des communes, n'est proposable que par la commune même, elle consacre que les membres isolés de cette commune n'ont pas qualité pour se prévaloir individuellement, *ut singuli*, de cette nullité. — Arg. d'un arrêt du Conseil du 27 novembre 1814. — Arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1822, rapporté dans Sirey, tom. 23, part. 1re, pag. 73. — Et autres arrêts rapportés dans le même volume. Le maire seul, et à son défaut l'adjoint, peuvent agir dans l'intérêt de la commune. Loi des 29 vendémiaire an V et 28 pluviôse an VIII.

437. Si donc un communier, qui en cette qualité de communier, a joui d'un droit de pacage, de passage ou autre sur un fonds communal qui aurait été affermé d'une manière irrégulière, voulait se prévaloir de la nullité de l'acte de ferme pour s'opposer à la prise de possession de fermier, il serait sans qualité et sans action.

438. Un autre exemple important de nullité rela-

ive, est pris dans l'art. 2148 du Code civil. Cet article détermine la forme des bordereaux d'inscription hypothécaire. Nous avons vu, suprà n° 362, que plusieurs des énonciations qu'ils doivent renfermer tiennent à leur essence, c'est-à-dire qu'elles sont indispensables pour qu'ils remplissent leur objet. Or, cet objet étant uniquement d'assurer aux créanciers un rang hypothécaire, un privilége sur les créanciers inscrits tardivement, et d'avertir les tiers acquéreurs des charges qui grèvent les immeubles par eux acquis, il en résulte que ce n'est qu'en leur faveur que le législateur a prononcé la nullité des inscriptions irrégulièrement prises. Le débiteur qui a consenti l'hypothèque est sans qualité pour se prévaloir d'une pareille nullité, car pour lui, elle est sans grief; en s'obligeant personnellement, il s'est obligé sur tous ses biens mobiliers ou immobiliers présens et à venir (Art 2092 du Code civil). Or, comme cette obligation suffit pour que le créancier puisse faire exproprier ses biens, arrêt de de la Cour de cassation, du 27 juin 1827, § 27, part. 1re, pag. 509, l'hypothèque et l'inscription n'ont point un objet essentiel entre le créancier et son débiteur; celui-ci obtint-il la nullité de l'inscription n'en serait pas moins obligé sur tous ses biens présens et à venir; d'où il suit qu'il est sans qualité et sans intérêt pour la proposer. — Le défaut d'intérêt est une circonstance qui doit toujours faire repousser une demande en nullité. — (Arrêt de la Cour de cassa-

tion du 8 mai 1827, rapporté par Sirey, vol. 27, part. 1re, pag. 495. Suprà, n. 426.

439. Un autre exemple de nullité relative important, est pris de l'art. 692 du Code de procédure civile, qui annule la vente de l'immeuble faite par le saisi après la dénonciation de la saisie. On avait prétendu que la nullité d'une pareille vente était tellement absolue et d'ordre public, que le débiteur et l'acquéreur lui-même étaient admis à l'invoquer; c'était aller beaucoup trop loin, et il a été jugé avec raison qu'ils étaient non-recevables; que si l'art. 692 prononçait une pareille nullité, c'était uniquement dans l'intérêt des créanciers inscrits et du saisissant, que dès-lors l'acquéreur ne pouvait invoquer une nullité qui n'avait pas été créée en sa faveur. Arrêt de la Cour de cassation, du 5 décembre 1827, rapporté dans Sirey, tom. 28, part. 1re, pag. 240.

440. Il est inutile de pousser plus loin l'examen des dispositions de la loi, qui fournissent des exemples de nullités relatives, il doit suffire que nous ayons posé les règles générales, pour qu'on puisse en faire l'application aux différentes espèces qui peuvent se présenter.

441. Nous avons dit qu'il ne pouvait y avoir lieu à distinguer en faveur de qui était établi le droit de demander la nullité ou la rescision d'un acte ou d'une convention, qu'autant qu'il s'agit d'un acte ou

d'une convention qui ne sont pas nuls de *non esse*, de ceux dont on dit qu'ils produisent une action susceptible d'être repoussée par une exception; s'il s'agissait d'un contrat ou d'une convention nuls *de non existence*, toute partie ayant intérêt à proposer la nullité, serait recevable à le faire; le juge ne pourrait, sous aucun prétexte, se refuser à reconnaître le défaut de lien réciproque, et à prononcer une pareille nullité.

Cette observation est surtout importante, lorsqu'il s'agit d'un acte fait par un individu qui ne pouvait le faire que sous certaines conditions; souvent l'inobservation de ces conditions ne produit pas seulement l'annulabilité, mais bien une nullité de non existence. Aussi, lorsque nous avons dit que celui qui avait traité avec une femme mariée non autorisée, un interdit, un mineur, était sans qualité pour se prévaloir du vice résultant de cette incapacité, nous avons supposé qu'il s'agissait d'un de ces contrats qui liaient le majeur capable, qui avait contracté avec eux, et contre lequel ils n'avaient eux-mêmes qu'une action à laquelle ils pouvaient renoncer; mais si un acte, quoique fait par eux, est nul de *non esse*, la nullité est absolue quoiqu'elle prenne sa source dans leur incapacité, et n'en peut pas moins être proposée ou opposée par toute partie intéressée.

Par exemple, il a été jugé que l'acceptation d'une donation par une femme mariée, était absolument nulle, même vis-à-vis du donateur, si la femme n'avait

pas été autorisée par son mari ou par la justice. Arrêt de la Cour de Toulouse, du 27 juillet 1830, rapporté dans Sirey, tom. 30, part. 2, pag. 242.

Autre exemple — L'art. 1554 du Code civil dispose que les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement. Et l'art. 1560 du même Code dispose que si la femme ou le mari, ou tous les deux conjointement, aliénent le fonds dotal, la femme ou ses héritiers pourront faire révoquer l'aliénation, *après la dissolution du mariage*, sans qu'on puisse leur opposer aucune prescription pendant sa durée...... Le mari lui-même pourra faire révoquer l'aliénation pendant le mariage, en demeurant néanmoins sujet aux dommages-intérêts de l'acheteur, s'il n'a pas déclaré dans le contrat que le bien vendu était dotal.

On suppose que le mari ait vendu, comme lui appartenant en propre, le bien dotal de son épouse, et on a demandé si même dans ce cas, la nullité résultant d'une pareille vente ne devrait appartenir qu'au mari, à la femme et à leurs héritiers, ou si, au contraire, l'acquéreur n'aurait pas qualité pour s'en prévaloir, conformément à l'art. 1599 qui déclare nulle la vente de la chose d'autrui.

Il nous paraît que l'acquéreur est fondé à demander la nullité de son acquisition.

Il y a, en effet, une grande différence entre traiter

avec un individu qui est incapable à raison de sa personne, ou traiter avec un individu capable de contracter, mais qui dispose d'une chose qui ne lui appartient pas, et dont il n'a pas le droit de disposer.

Au premier cas, l'individu connaît ou est censé connaître l'état de l'incapable : *Nemo censetur ignorasse conditionem ejus cum quo contrahit.* Il sait qu'en traitant avec lui il se lie irrévocablement, tandis que l'incapable ne peut s'obliger envers lui de la même manière. Il peut ne pas traiter utilement ; s'il le fait, c'est parce qu'il consent à se soumettre à la chance défavorable qu'il va courir ; si dans la suite il en ressent quelque préjudice, il ne peut s'en plaindre à personne, car il a pu et dû prévoir ce qui lui arrive.

Au second cas, au contraire, l'acquéreur ne traite pas avec un incapable, il a cru que l'époux qui lui consentait la vente, ne disposait que de sa chose propre ; il n'a eu aucune raison de croire qu'il achèterait un fonds dotal ; dès-lors la vente qui lui a été consentie, n'a pas été seulement annulable, comme si elle lui avait été consentie en contravention des art. 1554 et 1560 du Code civil, mais elle a été radicalement nulle aux termes de l'art. 1599 du Code civil, qui frappe de nullité la vente de la chose d'autrui. — Il peut dès-lors agir par voie de nullité, et il n'est aucun motif qui puisse le faire déclarer non-recevable ; il a été victime d'une erreur de fait ; on ne peut lui reprocher de s'être volontairement exposé à aucune chance

défavorable, et il n'y a aucun rapport entre sa conduite en cette circonstance, et celle par laquelle il aurait contracté avec la femme même ou avec le mari, traitant en sa qualité de maître des cas dotaux de son épouse. — Arrêt du Parlement de Toulouse, du 9 juillet 1704, rapporté dans le journal du Palais, tom. 3, pag. 150. — Arrêt du Parlement de Provence, du 9 décembre 1707. — Arrêts rapportés dans Merlin, V° dot, § 9.

Vainement oppose-t-on un arrêt de la Cour de cassation, du 11 décembre 1815, rapporté par Sirey, vol. 16, part. 1, pag. 161; il suffit d'en rapporter l'espèce pour prouver qu'il ne contrarie en rien l'opinion que nous venons d'émettre.

En l'année 1806, échange entre Maysonnial et Fressenon. — Celui-ci donne au premier, en échange des fonds qu'il en reçoit, un pré qu'il déclare lui appartenir. Cependant Fressenon s'était marié, sous l'empire des lois romaines, et le pré qu'il livrait était dotal.

En 1812, Maysonial demande contre Fressenon la nullité de l'échange, sur le motif que Fressenon lui a donné en échange la chose d'autrui; que d'ailleurs l'échange avait eu lieu sans aucune des formalités prescrites par le Code civil pour l'échange du fonds dotal. Il conclut à ce que Fressenon soit condamné comme stellionataire.

La femme Fressenon intervient dans l'instance, et produit un acte notarié, par lequel elle approuve et

atifie l'aliénation faite par son mari de l'immeuble lotal.

14 juin 1813, arrêt de la Cour royale de Riom, qui déclare qu'il n'y a pas stellionnat, sur le motif qu'il avait dépendu de Maysonnial de consulter les lauses du contrat de mariage de Fressenon, et leurs ffets; et, attendu que, d'après la ratification offerte par la femme de Fressenon, Maysonnial n'a à craindre ucune éviction, confirme le jugement de première nstance, qui avait débouté ledit Maysonnial de sa lemande.

Pourvoi en cassation de la part de Maysonnial : il rticule pour moyens de cassation, la violation 1° des rticles 1704, 1707, 1599 du Code civil, en ce que la Cour royale avait refusé de prononcer la nullité de l'échange, quoique Fressenon eut livré une chose qui ne lui appartenait pas; 2° de l'art. 1554 du même Code, qui déclare les immeubles dotaux inaliénables pendant le mariage, hors les cas déterminés.

La Cour considérant, 1° que l'art. 1704 porte : si un des copermutans a déjà reçu la chose à lui donnée en échange, et qu'il prouve ensuite que l'autre contractant n'est pas propriétaire de cette chose, il ne peut pas être forcé à livrer celle qu'il a promise en contre-échange, mais seulement à rendre celle qu'il a reçue......; « qu'il est évident que Maysonnial ne peut exciper de cet article, puisqu'il a, depuis longtemps, livré le terrain qu'il avait promis en contre-

échange, et que l'objet du procès n'est nullement de le forcer à livrer ce terrain ; 2° que l'échange du fonds dotal est nul, s'il est fait sans l'accomplissement des formalités prescrites par la loi ; mais que cette nullité n'est établie que dans l'intérêt de la femme et de se héritiers ; et qu'ainsi l'art. 1560, par une conséquence de l'art. 1125 du Code civil, ne permet qu'à la femme à ses héritiers et au mari, de faire révoquer ces sorte d'aliénation ; qu'ainsi il résulte également du texte e de l'esprit de la loi, que cette action en nullité n'es pas ouverte à celui qui a *volontairement* traité avec l mari ou la femme de l'échange d'un fonds dotal rejette, etc., etc.

Nous ferons observer sur cet arrêt, 1° que la Cour d cassation n'avait pas à décider la question en thèse, e qu'elle a seulement rejeté le pourvoi contre l'arrêt parc qu'il jugeait en fait que Maysonnial avait connu ou étai censé avoir connu le caractère de dotalité du fond qui lui était livré en contre-échange ; que ce n'est qu par cette considération et autres analogues, qui, san doute, ont été plaidées devant elle, que la Cour d cassation a décidé avec juste raison, que l'action e nullité n'était pas ouverte à celui *qui a volontairemer traité avec le mari ou la femme de l'échange du fonds dotal*

2° Que cette connaissance qu'avait eu l'échangiste suivant la Cour royale, et de laquelle la Cour de cassatio fait un des considérans de son arrêt, donnait à pense quelle eût jugé autrement, si la Cour royale n'avait pas d

que c'était en connaissance de cause que Maysonnial avait acquis l'immeuble dotal.

3° Qu'enfin, s'agissant d'un simple rejet, les circonstances du fait ont eu plus d'influence dans l'esprit de la Cour, que le besoin d'examiner et de juger en thèse la question que nous avons proposée.

442. Nous trouvons un troisième exemple, dans une espèce soumise à la Cour de cassation, il s'agissait de savoir quand et comment les collatéraux avaient qualité pour demander la nullité d'un mariage, la Cour jugea par arrêt du 22 juin 1819, rapporté par Sirey, vol. 19, part. 1re, pag. 438, que le principe que les collatéraux sont non-recevables à attaquer un mariage, lorsqu'ils n'ont point un intérêt né et actuel, s'appliquait au cas, où la demande tendait à faire prononcer la nullité d'un mariage dont l'existence était reconnue, et non au cas où, dans l'absence de l'acte de célébration, on soutenait que le mariage n'avait pas eu lieu.

443. La nullité ayant pour objet, ainsi que nous l'avons dit, de réparer un tort, il n'est pas douteux que les héritiers de celui à qui la loi donnait le droit de s'en prévaloir ont, comme lui, qualité pour obtenir cette réparation ; si donc la personne qui pouvait demander l'annulation d'un acte ou la rescision d'une convention, est morte sans l'avoir fait, mais étant encore dans le délai, les héritiers ont qualité pour intenter l'action pendant le temps qui restait au dé-

funt au moment de son décès, leg. 3, § 9; leg. 18, § 5, ff. de minorib. Les héritiers peuvent intenter cette action de la même manière que pouvait le faire leur auteur, suivant la règle qui veut que celui qui exerce un droit en sa qualité de représentant un tiers, en use comme celui-ci pourrait le faire lui-même : *Qui alterius jure utitur eodem jure uti debet.* Jurisprudence civile de Denizart, V° mineur, n° 15.

444. Cette règle n'est pas cependant sans exception; il est plusieurs cas où l'action ne passe pas aux héritiers, infrà n° 464, et des circonstances aussi où, bien que transmissible aux héritiers, elle ne leur passe pas avec le même caractère, la même latitude. Ainsi, par exemple, si une femme a traité sans le consentement de son mari, celui-ci peut, pendant le mariage, demander la nullité de l'acte fait sans autorisation, lors même qu'il ne lui porterait aucun préjudice; le mépris que sa femme fait de son autorité, est une cause suffisante pour qu'il puisse former cette demande; ses héritiers, au contraire, ne pourraient, après la dissolution du mariage, proposer la nullité d'un pareil acte, qu'autant qu'ils auraient un intérêt pécuniaire: le motif qu'il aurait été porté atteinte aux prérogatives de mari, ne serait point suffisant pour leur donner le droit d'agir. Car, comment se plaindraient-ils d'une pareille atteinte, lorsque le mari y a été lui-même insensible, et a cru ne pas devoir s'en plaindre. Une pareille action serait évi-

demment sans grief, et les héritiers n'auraient ni intérêt ni qualité pour l'exercer.

445. Ainsi encore, dans tous les cas où un époux peut demander la nullité de son mariage, les collatéraux, ses héritiers, ne peuvent la demander qu'autant qu'ils ont un *intérêt né et actuel*. Arg. de l'art. 187 du Code civil. Encore faut-il que ce soit, ou un intérêt pécuniaire, d'Aguesseau, vol. 2, pag. 446, vol. 5, pag. 68. — Pothier en son Traité du contrat de mariage, n° 448. — Locré, Esprit du Code civil, sur l'article 187, Proudhom, Cours de droit civil, vol 1er, pag. 246, ou l'intérêt qu'ils auraient d'empêcher des enfans issus d'un mariage nul, de porter le nom de la famille; arrêt de la Cour de cassation, en date du 22 juin 1819, rapporté par Sirey, vol. 19, part. 1re, pag. 438.

446. Mais, généralement, il faut que le législateur ait modifié les effets d'une transmission pure et simple.

Dans le doute, on doit s'en tenir à la règle générale qui est que les actions en nullité et en rescision passent aux héritiers, et que ceux-ci peuvent et doivent les exercer ainsi, et de la manière que leur auteur aurait pu le faire.

447. L'action en nullité et en rescision est cessible; elle peut être transmise à titre gratuit ou à titre onéreux, sauf l'exception portée par l'art. 1167 du Code civil. Celui à qui elles ont été cédées, peut les exercer de la même manière que le cédant aurait pu le faire

lui-même : *Certum est jus petendæ in integrum restitutionis ut et cætera jura ferè omnia cedi posse.* Fachinæus, lib. 11, C. 11.

448. A cet égard, s'élève la question de savoir si le cessionnaire de tous droits et actions en général, a qualité pour exercer les actions en nullité ou en rescision, que le cédant était en droit d'exercer lui-même?

On doit décider que *non*, toutes les fois que s'agissant de nullités ayant une cause purement personnelle, le cédant ne les a pas nommément cédées, comme sont celles prises de défaut d'autorisation maritale, de la minorité, et la plupart de celles dont il est question dans l'art. 3 de la sect. 1re, chap. 2, n. 119 et suivans; de pareilles actions sont le plus souvent abandonnées par des motifs de délicatesse, d'affection ou de convenance, de la part de la personne qui a le droit de les exercer; et si en vendant généralement tous ses droits et actions, elle n'a pas expressément cédé les actions de cette nature, il est à présumer que c'est parce qu'elle n'a pas eu l'intention de les comprendre dans la cession, et que les motifs qui l'avaient déterminée à ne pas agir elle-même, l'avaient déterminée aussi à ne pas vouloir transmettre l'exercice de leur action à un tiers. Mornac, lib. 18, tit. 5, de rescind, vend. et sur la loi 6 ff., de integ. restit.; Louet sur Brodeau, lett. C, som 12, et lett. S, somm. 3, n. 8. — Enfin, arrêt de la Cour royale de Limoges, sous la date du 27 novembre 1811, rapporté par Sirey, vol. 14-2-103. Cet arrêt est ainsi conçu :

« Considérant que la cession faite par la dame Jagot au sieur Valière, de tous ses droits paternels et collatéraux, quoique faite sans aucune exception et avec toute la latitude usitée dans de pareils contrats, ne comprend pas néanmoins la cession nominative des actions rescindantes et rescisoires : que quelque controversée qu'ait été pendant long-temps la question de savoir si une cession générale et indéfinie de tous droits et actions, sans aucune réserve, comprenait implicitement celle des actions rescindantes et rescisoires, l'opinion la plus saine, adoptée par les autorités les plus graves, et confirmée par la jurisprudence des arrêts, a toujours été, et paraît devoir être encore, qu'il n'est pas permis d'induire la cession des actions rescindantes et rescisoires des clauses d'une cession ordinaire, quelque générale qu'elle puisse être, et qu'il est nécessaire que cette espèce de cession particulière soit faite d'une manière spéciale et nominative ; qu'à défaut de ce, on doit toujours présumer que le cédant a voulu, par respect pour lui-même, que son engagement ou celui de ses auteurs fût exécuté ; que cette vérité est consacrée dans la loi 25, si talis, 31 ff. de minoribus, d'après laquelle un mandat ordinaire, quelque général qu'il puisse être, est déclaré insuffisant pour l'exercice des actions rescindantes et rescisoires, pour lesquelles cette loi exige un mandat exprès et nominatif ; qu'elle résulte encore de plusieurs autres lois romaines, d'après lesquelles la

glose établit, pour l'exercice de ces sortes d'actions, la volonté expresse du mandant ou du cédant, *voluntatem expressam*, par cette raison décisive, que celui qui a passé un acte, quoique nul et invalide, peut avoir des raisons particulières de ne pas en demander la rescision, *propter suam existimationem pudori suo parcens.* »

449. Il en serait autrement, et l'on devrait considérer comme comprises dans une cession générale de droits et actions, les actions en nullité qui proviendraient d'une toute autre cause, que d'une cause personnelle au cédant, comme sont celles qui auraient pour objet un vice réel, une cause qui se rattacherait non à la personne, mais à la chose ou à la convention. En pareil cas, le cédant n'ayant pas eu de motifs personnels pour ne pas comprendre de pareilles actions dans la vente générale de ses droits, il s'ensuit que la généralité des expressions dont il s'est servi, n'admettent point de restriction, et que sa volonté doit être interprétée d'une manière aussi large que les expressions qu'il a employées. Par exemple, il n'est pas douteux que le cessionnaire devrait être admis à proposer une nullité qui frapperait la convention de *non esse*; il pourrait aussi intenter l'action en rescision pour cause de lésion d'outre moitié. Il en serait de même de l'action en nullité prise de ce que les parties auraient erré sur ce qui fesait l'objet de la convention, etc, etc.

450. Ces principes ont été consacrés dans une espèce qui, sans se rapporter à une action en nullité ou en rescision, offre cependant avec celle-ci une analogie frappante : nous voulons parler de l'action en résolution de vente pour défaut de paiement de prix. On a demandé si cette action pouvait être exercée par le cessionnaire de tous droits et actions du vendeur comme par le vendeur lui-même.

L'affirmative a été généralement accueillie, comme conséquence des principes que nous avons exposés dans les numéros précédens. Toulier, vol. 7, n. 166. — Arrêt de la Cour royale de Paris, du 16 février 1828, rapporté dans le Courrier des tribunaux, du 22 février, n. 310. Voici l'espèce de cet arrêt :

En 1770, M. de Montmort vendit à M. Fontaine, une petite maison à Fouchères pour 1550 livres. Il fut stipulé que cette somme ne serait payée qu'à la volonté du vendeur..... A la révolution, et lors de l'émigration des héritiers de M. de Montmort, cette créance, devenue la propriété de la nation, fut vendue sur publications, à M. Parizot, qui depuis l'a transportée à M. Damien, représenté par les sieurs Durieu, ses héritiers.

Quant à la maison, elle passa des enfans Fontaine à divers acquéreurs successifs : les sieurs Demussy, Ganne et Goffinat.

Le dernier acquéreur, le sieur Goffinat, avait fait transcrire son contrat ; et après l'entier accomplissement

des formalités hypothécaires, il avait payé le prix aux créanciers colloqués dans l'ordre, au nombre desquels ne s'était pas présenté M. Damien, possesseur de la créance de 1550 liv. — En 1826, celui-ci rompit le silence : il avait perdu son action à fin de paiement, par privilége sur l'immeuble; mais estimant qu'il avait toujours conservé son action en résolution de la vente à défaut de paiement du prix, il intenta cette action.

Un jugement du tribunal civil de Bar-sur-Seine, du 12 février 1827, le débouta de sa demande, par le motif que M. Damien n'avait droit qu'à une somme d'argent ; qu'il ne lui avait été cédé qu'une simple créance, et aucun des droits immobiliers rescindans et rescisoires ; attendu, en outre, la libération complète des détenteurs de l'immeuble, tant par la purge par eux faite, que par la prescription de dix et vingt ans, existant en leur faveur. — Appel ;

Devant la Cour, l'avocat de M. Damien établit, 1° que la cession d'une créance comprend nécessairement toutes les actions inhérentes à sa nature ; qu'il est de la nature du contrat de vente d'être soumis à la résolution à défaut de paiement du prix ; que cet effet essentiel, cette condition irritante, existait en faveur du cessionnaire comme du vendeur primitif qu'il représente ; *qu'il est aujourd'hui constant en jurisprudence*, que le droit de demander la résolution n'est pas un droit personnel propre au vendeur, mais un droit réel attaché au pacte, et profitant à tous ayant cause de

vendeur ; qu'ainsi le rescindant comme le rescisoire appartiennent à M. Damien comme à M. de Montfort..... ; 2° que la purge, faite par les acquéreurs, a bien libéré l'immeuble de l'action privilégiée, à fin de paiement du prix, mais que cette purge est sans influence relativement à l'action et résolution de la vente, action toute spéciale que la loi accorde en outre au vendeur, et qu'il ne faut pas confondre avec l'action et paiement du prix, sur l'immeuble transmis et conservé en la personne de l'acquéreur.

3° Enfin, que la prescription de 10 et de 20 ans, établie par l'art. 2265 du Code civil, est sans application à l'espèce actuelle, où il s'agit, non de la revendication exercée par un ancien propriétaire injustement dépouillé de sa chose, mais de l'action et résolution du vendeur non payé, action réelle, régie uniquement par l'art. 2262 du Code civil.

Les intimés répondaient : Il y a une grande différence entre le vendeur, ses héritiers et représentans légaux, et un simple cessionnaire ayant cause de vendeur.

Le vendeur et ses héritiers sont saisis du double droit et de l'action à fin de paiement, par privilége, du prix et de l'action en résolution de la vente.

Mais cette dernière action, cette faculté rigoureuse et exhorbitante du droit commun, de dépouiller le détenteur de l'immeuble, ne sauraient appartenir à un cessionnaire, qui n'a droit qu'à une créance, qu'à

une somme d'argent, sans une disposition bien expresse à cet égard. En effet, qu'a-t-on transmis à ce cessionnaire? Le droit de recevoir un capital, de l'argent, une chose corporelle et purement mobilière; on n'a pas entendu lui vendre une chose immobilière, un immeuble : c'est cependant un immeuble qu'il demande, par l'action en résolution qu'il exerce aujourd'hui.

M. l'avocat-général repousse cette distinction, et développant les principes invoqués par l'appelant, il demande que la Cour en fasse l'application.

« La Cour, attendu en droit qu'il est de principe que si l'acheteur ne paie pas le prix de la vente, le vendeur peut demander la résolution du contrat; qu'une action résolutoire de cette nature peut toujours être exercée par le vendeur ou ses ayant droit; qu'elle suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe, et ne peut s'éteindre que par la prescription de 30 ans, qui n'existe point dans l'espèce;

Que la prescription de dix ou vingt ans, établie par l'art. 2265 du Code civil, ne peut, d'ailleurs, être invoquée par les tiers détenteurs, puisqu'ils auraient connu la nature et les charges de leur acquisition, et qu'en tout cas, ils auraient à s'imputer de ne pas s'être fait représenter le titre primitif; qu'ainsi ils doivent payer les ayant cause du vendeur originaire, ou subir les effets de l'action résolutoire;

Infirme: au principal, déclare la vente de 1770

résolue, ensemble toutes les ventes successives; en conséquence, ordonne le délaissement des biens par le tiers détenteur, si mieux ils n'aiment rembourser dans un an de ce jour la créance dont il s'agit.

451. Comme on l'a vu par l'exposé du fait, cet arrêt a été rendu dans une circonstance extrêmement favorable, puisqu'il s'agissait d'exproprier de tiers acquéreurs de bonne foi, en faveur d'un créancier au moins coupable d'avoir gardé un long silence; mais la Cour a dû ne pas s'écarter des principes, suivant lesquels celui qui vend ou cède une chose à quelqu'un, est censé lui vendre et lui transporter tous les droits et actions qui tendent à faire avoir cette chose. Pothier, du contrat de vente, n. 149.

452. Si le vendeur n'avait cédé qu'une partie du prix qui lui était dû, le cessionnaire n'en serait pas moins recevable dans sa demande en résolution de la vente pour cause de non-paiement du prix, bien que cette action ne fût point nominativement cédée; c'est la conséquence des principes que nous venons d'exposer. Seulement, il serait obligé de désintéreser son cédant; car la résolution pouvant nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie, celui-ci peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel, art. 1252 du Code civil.

453. Si c'est le cédant qui exerce l'action en résolution, il doit aussi désintéresser le cessionnaire; car

celui-ci est l'ayant cause du premier, et il ne peut pas dépendre du cédant, que la cession qu'il a consentie et dont il a touché le prix, soit sans effet : *Nulla promissio potest consistere quæ ex voluntate promissoris statum capit.* Leg. 108, ff. § 1, de verb. oblig.

Voir un arrêt de la Cour royale d'Amiens, du 9 novembre 1825, Sirey, tom. 25, part. 2, pag. 189.

454. Le subrogé à tous les droits et actions, peut-il, comme le cessionnaire se prévaloir des actions en nullité et en rescision qui ne sont pas nominativement comprises dans la subrogation ?

Pour résoudre cette question, il faut rappeler les diverses espèces de subrogations qui existent dans le droit, et ne pas les confondre.

La subrogation, en général, peut être définie une fiction de droit, par laquelle celui qui paie la dette d'un tiers, ou qui fournit au débiteur des deniers pour la payer, est mis au lieu et place du créancier, c'est-à-dire les substitue à tous ses droits, actions, priviléges ou hypothèques, tant contre le principal débiteur que contre la caution, pour les exercer comme le créancier aurait pu le faire lui-même.

On l'appelle une fiction de droit, parce qu'elle fait revivre, au profit d'une tierce personne, une dette éteinte par le paiement, et qu'elle la fait revivre avec tous ses accessoires.

455 Elle est conventionnelle ou légale :

La subrogation conventionnelle se forme de deux

manières : *la première,* lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne, la subroge dans ses droits, actions, priviléges et hypothèques contre le débiteur. Cette subrogation doit être expresse et faite en même temps que le paiement, art. 1250 du Code civil, et alors, cette subrogation est une véritable cession et transport de créance, elle opère les mêmes effets; voir ce que dit, à ce sujet, l'orateur du gouvernement, qui a exposé les motifs du titre des obligations, et spécialement les motifs de l'art. 1250. Garnier Deschenes, Traité du notariat, n° 266. — Toulier, Cours de droit civil, tom. 7, n° 166.

La seconde, lorsque le débiteur emprunte une somme, à l'effet de payer sa dette et de subroger le prêteur dans les droits du créancier; art. 1250 du Code civil. Cette espèce de subrogation se fait sans le concours et la volonté du créancier payé; ce n'est pas lui qui transmet ses droits et actions, c'est le débiteur qui consent que le bailleur de fonds en ait l'exercice, d'où suit qu'il y a une distinction à faire entre le transport d'une créance et cette espèce de subrogation; c'est que le premier laisse exister la créance cédée, tandis que la seconde l'éteint, et n'en laisse exister que les accessoires directs, c'est-à-dire le titre, l'hypothèque, et l'inscription qui lui assigne un rang; voir Renusson, Traité des subrogations.

Ce n'est qu'à cette espèce particulière que convient le nom de subrogation proprement dite, la première étant un véritable transport.

456. La subrogation légale est celle qui s'opère de plein droit ; elle a lieu,

1° Au profit de celui qui, étant lui-même créancier, paie un autre créancier qui lui est préférable à raison de ses priviléges et hypothèques ; 2° au profit de l'acquéreur d'un immeuble qui emploie le prix de son acquisition au paiement des créanciers auxquels cet héritage était hypothéqué : 3° au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ; 4° au profit de l'héritier bénéficiaire, qui a payé de ses deniers les dettes de la succession. Art. 1251 du Code civil ;

5° Au profit du légataire particulier d'un immeuble qui a acquitté la dette dont cet immeuble était grevé. Art. 874 du Code civil.

6° Au profit de celui qui exerce le retrait successoral, aux termes de l'art 841 du Code civil.

457. Ces diverses espèces de subrogations ainsi connues, la question proposée est d'une solution facile : il n'est pas douteux que la subrogation, qui s'opère par la volonté du créancier recevant son paiement d'une tierce personne, étant un véritable transport de créance, comprend les actions en nullité ou en rescision qui n'ont pas une cause personnelle au cédant ; on doit, dans ce cas, donner au subrogé les mêmes droits, actions et qualités qu'au cessionnaire.

Quant à la subrogation conventionnelle, qui s'opère sans le concours du créancier, et à la subrogation

égale, elles ne comprennent pas les actions en nullité
t en rescision ; elles opèrent extinction de la créance,
lles la dénaturent, et ce n'est que fictivement qu'elles
attachent à la créance nouvelle les mêmes accessoires
t le même rang qu'avait la première, celle qui a été
teinte. Ainsi, par exemple, il n'est pas douteux que
elui qui est subrogé aux droits du vendeur ne
ourrait pas exercer l'action résolutoire au cas de
on-paiement du prix, il est uniquement subrogé
ux droits de poursuites ordinaires, et à l'utilité
e l'inscription d'office.

458. C'est par les mêmes principes, et en distin-
uant les actions en nullité ou en rescision qui ont une
ause personnelle, et celles qui ont une cause réelle,
hérente au contrat, que l'on doit décider, 1° si les
ctions rescisoires de la femme, à raison des actes
u'elle peut avoir faits avant son mariage, ou qui
ui compettent d'ailleurs, sont comprises dans la con-
itution générale de tous ses biens ;

2° Si une procuration générale donne qualité pour
xercer les actions en nullité ou en rescision.

Il est évident qu'il n'y a de compris dans la consti-
ution générale des biens, que les actions que nous
vons dit être comprises dans une cession générale.
De même aussi que la procuration générale ne peut
donner qualité que pour exercer les mêmes actions.
Leg. 25, si talis 31, ff de minoribus. Arg. de l'art. 1988.
Ferrière, en son Dictionnaire ; V° procuration générale.

459. Les créanciers d'un individu peuvent demander la nullité des actes faits en fraude de leurs droits. Art. 1167 du Code civil. L'action qui leur est donnée, à cet égard, est connue dans le droit sous la dénomination, *d'action révocatoire.* — La première condition de cette action étant que l'acte soit fait en fraude, il est difficile de concevoir que la loi puisse donner le droit de l'exercer au créancier qui n'a eu cette qualité qu'après que l'acte a été passé. Aussi la règle générale est-elle que l'action révocatoire n'est donnée qu'au créancier dont le droit était né au moment où a été fait l'acte argué de fraude. Arrêt de la Cour royale de Paris, du 6 juin 1826; Sirey, vol 28-1-279.

Si cependant il était prouvé que l'acte attaqué n'avait été fait que pour rendre sans effet l'obligation qu'on était à même de consentir, si, par exemple, au moment de conférer l'hypothèque à un créancier qui me prête son argent de bonne foi, je consens et fais inscrire d'avance et frauduleusement une première hypothèque qui rend la seconde sans objet, nul doute que le second créancier, quoique n'ayant acquis son droit qu'après l'acte frauduleux destiné à lui faire perdre le gage de sa créance, serait recevable à demander la nullité de ce dernier acte; dans cette hypothèse et autres analogues, les motifs de la loi existant dans toute leur force, celle-ci doit recevoir son application.

460. Remarquez encore que bien que les créanciers

postérieurs à un acte ne puissent pas demander la nullité de cet acte comme ayant été faite en fraude de leurs droits, ils peuvent profiter de son annulation, si celle-ci est obtenue par d'autres créanciers ayant qualité. Il est même certain que si ceux-ci étaient chirographaires, ils pourraient être primés par les créanciers postérieurs dont les droits résulteraient d'un jugement conférant hypothèque sur tous les biens présens et à venir de leur débiteur. Ce serait la conséquence des principes sur le rang des hypothèques, et dès-lors les créanciers ainsi frustrés de l'effet de leurs poursuites, ne pourraient se plaindre d'un résultat qu'il ne leur était pas permis d'ignorer.

461. Enfin, si l'acte portant préjudice à des créanciers était purement simulé, s'il avait été consenti par les parties avec la volonté de ne pas y donner suite, nous n'hésitons pas à penser que tout créancier même postérieur à cet acte aurait qualité pour se prévaloir de la simulation : il n'aurait pas besoin, dans ce cas, d'exercer l'action révocatoire, il n'aurait qu'à agir, aux termes de l'art. 1116 du Code civil, pour et au nom de son débiteur qui a lui-même le droit de se prévaloir d'une simulation simple, suivant ce que nous avons dit, suprà, n° 246 et 247.

462. On a demandé si un créancier hypothécaire, qui aurait négligé de prendre inscription, et qui se trouverait exposé, par ce fait, à perdre sa créance, pourrait néanmoins attaquer, comme faite en fraude,

la vente immobilière consentie par son débiteur. On a prétendu que la négligence du créancier devait le rendre non recevable dans son action ; pourquoi, en effet, dit-on, accorder une action extraordinaire et rigoureuse à celui qui avait une garantie entière et qui ne l'a perdue que parce qu'il n'a pas été vigilant? Il a perdu, il est vrai, sa créance, mais c'est moins parce que son débiteur a fait un acte frauduleux, que parce qu'il a négligé lui-même les précautions qu'il pouvait et devait employer. — Il est évident que ce raisonnement est sans force. L'art. 1167 du Code civil autorise tout créancier à exercer l'action révocatoire, et la généralité de ses expressions embrasse si bien tous les cas, qu'il ne fait que reproduire la disposition de la loi romaine: Ait prætor : *Quæ fraudationis causâ gesta erunt, etc., hæc verba generalia sunt, et continent in se omnem omninò in fraudem factam, vel alienationem, vel quemcumque contractum ; quodcumque igitur fraudis causâ factum est, videtur his verbis revocari, qualècumque fuerit. Nam lata ista verba patent, sive ergò rem alienavit, sive acceptilatione vel parta aliquem liberavit*, leg. 1. ff. quæ in fraudem.

L'équité, d'ailleurs, ne permet pas de supposer que quelque soit la négligence d'un créancier, son débiteur puisse, par un concert frauduleux avec un tiers, le priver de sa créance pour en profiter lui-même, ou pour en faire profiter celui qui n'y a aucun droit, et dans aucune disposition de la loi on ne trouve de disposition qui puisse justifier une pareille décision.

463. Une deuxième condition de l'action révocatoire, c'est que les créanciers ne peuvent l'exercer qu'autant que les biens restant à leur débiteur seraient insuffisans pour la garantie de leur créance. Il est évident, en effet, que celui-là n'est pas censé avoir voulu faire un acte frauduleux envers ses créanciers, qui a gardé en son pouvoir de quoi les payer intégralement. Le débiteur contre lequel on poursuit l'effet de l'action révocatoire peut donc demander la discussion préalable des biens qui sont restés dans ses mains, *ut bona sua rite, ac recte discussa sint.* Mornac, tit. 15, cod. quandò fiscus, leg. 4. et § 3; Inst. tit qui et ex quib. causis, etc., etc. Au reste, cette discussion préalable étant un droit personnel au débiteur, il peut y renoncer soit expressément, soit en ne la proposant pas: les juges ne peuvent pas l'ordonner d'office. Arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1809; Sirey, v. 9-1-208.

464. Les créanciers d'un individu ont encore reçu de la loi une faculté bien importante; elle leur permet d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne de ce dernier; art. 1166 du Code civil. C'est la conséquence du principe: que quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir ses engagemens sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir, (art. 2092 du Code civil), et par conséquent, sur ses actions qui font partie de ces mêmes biens. (Art 529 du Code civil).

465. Mais les créanciers ont-ils qualité pour exercer les actions en nullité et les actions en rescision appartenant à leurs débiteurs ?

L'affirmative n'est pas douteuse, si l'action a pour objet une nullité de non existence. Comme alors l'acte attaqué ne crée aucun lien, et ne produit aucune action, les créanciers ont qualité pour faire déclarer que leur débiteur n'est nullement obligé par cet acte, et qu'il n'a point cessé d'être propriétaire des choses ou droits qu'il avait voulu céder en le contractant. Il est même à remarquer que les créanciers n'ont pas besoin d'invoquer le nom de leur débiteur, car l'acte étant nul de nullité absolue, l'intérêt qu'ils ont à ce que cette nullité produise ses effets, est une cause suffisante pour leur donner qualité ; c'est moins une action qu'ils exercent, qu'un acte conservatoire et de précaution qu'ils font pour éviter que le gage de leur créance ne soit diminué. Voir Cochin, plaidoyer 55. — Nous devons ajouter que le créancier n'aurait pas besoin, dans ce cas, d'intenter l'action principale, car l'acte étant tellement nul qu'il n'a point opéré transport de propriété, les choses qui avaient fait l'objet de ses dispositions sont restées au pouvoir du débiteur, et rien n'empêche les créanciers de poursuivre directement, et sur la tête de ce dernier, l'expropriation ou la saisie de ces mêmes choses. Vainement les tiers qui auraient intérêt à ce que l'acte nul eût son effet, voudraient-

ils opposer au créancier poursuivant que les biens exstans de son débiteur étaient suffisans pour le paiement de la créance; il n'aurait qu'à répondre : « l'acte que vous m'opposez est nul, de nullité absolue; les biens qui font l'objet de ses dispositions ne sont jamais sortis du patrimoine de mon débiteur, et dès lors, il ne peut être aucun obstacle aux poursuites que j'exerce. *Non præstat impedimentum quod de jure non sortitur effectum.* »

466. La question ci-dessus n'offre donc de difficulté que pour le cas où il s'agit d'un acte qui n'est frappé que de nullité relative, d'une nullité établie en faveur de celui qui se trouve mon débiteur. Le doute vient de ce que l'action qui résulte de pareilles nullités, ayant, le plus ordinairement, une cause personnelle à celui dans l'intérêt de qui elle est portée, et celui-ci gardant souvent le silence, par des motifs de délicatesse, ou parce que, malgré la nullité de l'acte dans la forme, il se croit obligé dans le for intérieur, il semble extraordinaire que ses créanciers puissent avoir le droit d'agir pour lui, et de proposer une action qu'il croit, en conscience, ne pas devoir exercer.

On ajoute que, sous la législation Romaine, qu'à juste titre nous suivons en beaucoup de circonstances, comme étant l'expression écrite de la justice et de la raison, les créanciers n'avaient pas le droit de proposer les actions en nullité et en rescision appartenant

à leurs débiteurs. Mais cette considération est sans importance, car si la loi Romaine ne voulait pas que le créancier pût exercer les actions en nullité ou en rescision que son débiteur avait le droit de proposer lui-même, c'était uniquement par suite de la règle du droit commun d'alors, que le créancier pouvait bien attaquer, comme fait en fraude, l'acte par lequel son débiteur diminuait son patrimoine, mais qu'il ne pouvait point demander la nullité d'un acte par lequel le débiteur se serait refusé à l'augmenter. L'action Paulienne était ainsi généralement entendue : *Quòd autem cum possit aliquid quærere, non id agit ut acquirat, ad edictum non pertinet; pertinet enim edictum ad diminuentes patrimonium, non ad eos qui id agunt ne locupletentur*. Leg. 6 ff. quæ in fraud. et leg. 134 ff. de reg. juris.

Or, cette règle ne fut point admise par la jurisprudence qui succéda au droit Romain; les auteurs le plus accrédités trouvèrent plus juste et plus conforme aux vrais principes, de permettre aux créanciers non-seulement d'attaquer les actes par lesquels leur débiteur aurait diminué le gage qu'il leur avait donné, mais encore les actes qui auraient eu pour objet de renoncer à une augmentation de patrimoine; et une jurisprudence générale abrogea la disposition de la loi que nous venons de rapporter. *Recessimus*, disait Mornac, sur la loi 4 cod. tit. quandò fisc., *in eo à Romaná jurisprudentiá*. — Et l'opinion commune fut que

les débiteurs ne pouvaient pas, au préjudice de leurs créanciers omettre ou répudier les successions, hérédités, legs, non plus que leur légitime, supplément de légitime ou autres droits, et que s'ils le fesaient, les créanciers avaient la facilité d'accepter à leurs périls et risques, et de demander lesdits legs, successions ou légitimes, au lieu et place du débiteur qui y renonçait. Serres, aux Instit., lib. 4, tit. 6, § 6, et les auteurs qu'il cite.

Cette innovation en produisit une autre, et on admit généralement que les créanciers pouvaient non-seulement poursuivre leurs débiteurs par des voies licites, pour s'en faire payer, mais encore poursuivre le droit et les actions de ce même débiteur, si celui-ci négligeait de le faire lui-même; — Denizart, en son Dictionnaire, V° créancier n. 2, et plus spécialement encore, on tient pour certain que les créanciers avaient droit de réclamer, non-seulement comme le débiteur aurait pu le faire, contre les actes susceptibles de rescision pour lésion d'outre moitié, fraude, erreur de fait, mais encore d'exercer les droits auxquels il aurait renoncé. — Duparc Poullain, vol. 7, pag. 190 n.° 147.

467. Nous devons cependant convenir que, généralement et par exception, on refusa au créancier le droit d'attaquer un engagement contracté par son débiteur, et qui, quoique annulable pour une des causes portées par la loi, était juste au fonds, et

était d'une nature telle que son annulation pouvait être considérée comme une atteinte à la foi promise, *contrà fidem præstitam*. Serres, aux Inst. loc. cit.

Cette modification, quelque juste qu'elle fût, offrait de grandes difficultés dans la pratique. Comment savoir, en effet, d'une manière exacte si l'annulation d'un acte porterait atteinte à la foi promise? Comment apprécier le caractère de l'erreur dans laquelle serait tombé celui dont on demanderait à exercer les actions, la violence dont on aurait usé envers lui pour extorquer son consentement, le dol et la nature des manœuvres au moyen desquelles on aurait surpris et déterminé sa volonté? Comment était-il possible d'apprécier des faits dont la connaissance est, le plus souvent, personnelle à celui qui se trompe, ou qui est trompé ou violenté? Comment surtout faire cette preuve, lorsque celui qui serait seul à même de faire connaître les faits de dol, de violence et d'erreur garde le silence, ou même en conteste la vérité? Les auteurs du Code ont, sans doute, bien senti la difficulté d'une pareille distinction, car au lieu de séparer la nullité dont l'effet serait d'aller contre la foi promise, de celle qui n'aurait point cet effet, ils se sont attachés à une règle dont l'application est beaucoup plus facile; ils ont dit que les créanciers pourraient exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne de ceux-ci. (Art. 1166 du Code civil).

468. Il y a dans cette disposition une règle générale d'après laquelle tous les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leurs débiteurs, et une exception à cette règle pour les droits exclusivement attachés à la personne de ces débiteurs. Pour juger la question proposée, il faut donc examiner si les actions en nullité ou en rescision, ou quelques unes d'entr'elles, rentrent dans la règle générale établie par cet article, ou si, au contraire, elles rentrent dans l'exception portée pour les droits exclusivement attachés à la personne. Nous pensons, sans hésiter, que de pareilles actions ne rentrent nullement dans l'exception; que dès-lors elles restent sous l'influence de la règle. Nous allons le prouver.

On a toujours distingué en jurisprudence,

Les droits réels;

Les droits personnels;

Et les droits exclusivement attachés à la personne.

Les droits réels sont ceux qui se rapportent à la chose ou au fait de la convention.

Les droits personnels sont ceux qui sont donnés en considération de la personne pour ou contre laquelle ils sont donnés.

Les droits exclusivement attachés à la personne sont ceux qui sont non-seulement accordés en considération de cette personne, mais pour elle seule.

469. Il y a, entre les droits personnels et les droits exclusivement attachés à la personne, cette différence

que les *premiers*, de même que les droits réels, passent aux héritiers de ceux à qui ils appartiennent. Tel est, par exemple, le droit qu'a le mineur de demander la nullité ou la rescision des engagemens qu'il a souscrits en minorité; tandis que les *seconds* s'éteignent avec la personne qui était en droit de les exercer *Non potest dubitari quin pactum personale debeat intelligi ità ut cum personâ finiatur.* Mantica de ambig. convent. lib. 4 tit. 33 n. 9, leg. 196 ff. de reg. juris.

470. Il y a encore, entre les droits exclusivement attachés à la personne et les droits personnels, cette différence que, dans les *premiers*, la personne est la cause immédiate du privilége, tandis que dans le droit personnel, la personne n'en est que la cause secondaire. Philippus Decius, en rapportant la règle écrite dans la loi 196 ff. de reg. juris; *Quœ personœ sunt ad hœredem non transeunt,* ajoute : *Ista regula intelligitur quandò privilegium conceditur intuitu personœ, ità quod persona sit causa immediata privilegii, secùs si persona non sit causa immediata privilegii.*

Par exemple, lorsque le législateur donne à la femme une action pour faire annuler les actes qu'elle a contractés sans l'autorisation de son époux, ce n'est pas seulement dans son intérêt que cette action a été accordée, mais bien par les raisons d'ordre public qui ont fait établir et protéger la puissance maritale.

Par exemple encore, lorsque la loi donne au mineur ou à l'interdit une action pour faire annuler ou re-

scinder leurs engagemens, c'est moins pour leur donner un privilége que pour les défendre contre les dangers de leur faiblesse, de leur peu de raison et de leur inexpérience.

471. On peut citer pour exemple des droits exclusivement attachés à la personne

1.° Le droit d'usage, celui d'habitation (art. 631 du Code civil); 2.° le droit qu'a la femme de demander la séparation de biens (art 1446 du Code civil); 3.° le droit de demander des alimens, aux termes des art. 205 et 206 du Code civil; 4.° le droit de demander la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude; 5.° le droit de demander une réparation pour cause d'injures ou de diffamation, etc., etc.

Tous ces droits, et autres de la même nature, sont exclusivement attachés à la personne pour laquelle ils ont été portés; c'est un véritable privilége qu'elle ne peut céder ni abandonner, et dont elle ne peut pas non plus être dépouillée. Ces droits ne passent pas aux héritiers, aux ayant cause de la personne pour laquelle la loi les a créés. Nous pensons même, en général, que c'est à ce défaut de transmission que l'on reconnaît l'action exclusivement attachée à une ou plusieurs personnes. S'agit-il d'une action qui peut être cédée soit par acte entre-vifs, soit par testament, soit par succession, il n'est pas douteux que cette action n'est point exclusivement personnelle, qu'elle rentre dans la règle générale écrite dans l'art. 1166

du Code civil, et qu'elle peut dès-lors être exercée par les créanciers de celui à qui elle appartient. Observez néanmoins qu'il arrive souvent, que nonobstant qu'une action soit transmissible, elle ne peut pas être exercée par des créanciers, mais c'est alors par exception, et comme en fait d'exception on ne peut point raisonner d'un cas à un autre, il faut s'en tenir à celles que le législateur a formellement prononcées. Le Code civil nous en fournit plusieurs exemples.

1° L'article 841 dispose que toute personne, même parente du défunt, qui n'est point son successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession.

2.° L'article 857 dispose que le rapport n'est dû que par le cohéritier à son cohéritier, et qu'il n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.

3.° L'article 921 dispose que la réduction des dispositions entre-vifs ne peut être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayant cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt, ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.

4.° L'article 1446 interdit aux créanciers d'un héritier de demander la séparation du patrimoine contre les créanciers de la succession.

Il suffit de lire ces articles pour demeurer convaincus que les droits qui s'y trouvent consacrés, sont transmissibles par voie de cession, ou d'aliénation, ou de succession; cependant ils ne peuvent être exercés par les créanciers. Des motifs de convenance, des raisons majeures ne permettaient point leur intervention dans les divers cas prévus par ces articles. Lors donc que le législateur les a éloignés, il ne s'est point occupé d'examiner si les droits ci-dessus étaient ou non transmissibles: il s'est déterminé par d'autres principes que ceux qui dominent l'application de l'article 1166; les magistrats et les jurisconsultes doivent donc se conformer à sa volonté sans rechercher si leurs décisions sont en opposition à ce dernier article.

472. Cela posé, la question qui nous occupe est d'une solution facile; il n'est pas douteux que les actions en nullité ou en rescision ne soient transmissibles, qu'elles ne puissent dès-lors être proposées par les créanciers de la personne pour laquelle elles ont été portées. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le législateur, en créant une nullité et une action pour la faire prononcer, en eût limité l'exercice, et qu'il l'eût refusée aux créanciers, comme il l'a fait pour les demandes en nullité des mariages, et pour les nullités de procédure.

473. Cette opinion nous paraît la conséquence nécessaire des principes que nous avons exposés dans

les numéros précédens, et nous ne lui aurions pas donné du développement, si M. Toulier n'eût émis un avis opposé. Il cite l'opinion de Duparc-Poulain, qui dit, t. 7, pag. 190, n. 147, que « les créanciers ont droit de réclamer, non-seulement comme le débiteur aurait pu le faire lui-même, contre les actes susceptibles de rescision pour lésion d'outre moitié, fraude, erreur de fait, etc.; mais d'exercer même les droits auxquels il a renoncé. » Après avoir rapporté ce passage vol. 7, liv. 3, tit. 5, chap. 5, n. 566, il ajoute : « Duparc-Poulain ne donne aucune preuve de cette assertion, qui cependant mériterait bien d'être prouvée ; car la raison nous semble dire qu'elle est fausse, au moins par trop de généralité, surtout dans les principes du Code.

« J'ai souscrit devant un notaire une obligation de 10,000 fr. en faveur de Caïus, avec hypothèque sur le fonds Cornélien ; trois mois après, j'ai souscrit une autre obligation en faveur de Seïus, et j'ai en outre beaucoup de créanciers chirographaires. Le fonds Cornélien est saisi et vendu. Le prix se trouve insuffisant pour payer tous les créanciers. Seïus et les chirographaires prétendent faire rescinder l'obligation que j'ai consentie à Caïus, en alléguant qu'elle m'a été extorquée par violence, et que mon consentement n'a pas été libre. Caïus soutient que leur demande n'est pas recevable, parce que je me tais et que je suis le seul à savoir si réellement ma volonté a été

libre ou forcée. Il en conclut qu'une pareille exception ne peut être que personnelle. Il prouve par les dispositions de l'article 180 du Code civil, qui porte que celui des deux contractans dont le consentement n'a pas été libre est seul recevable à attaquer le contrat. A la vérité, il s'agit des contrats de mariage; mais la raison qui a dicté cette disposition, cette raison qui est l'*ame de la loi*, s'applique également à tous les contrats, parce qu'en effet, celui qui a consenti peut seul dire si son consentement a été libre ou forcé; s'il a cédé à l'impression de la crainte, ou à la détermination d'une volonté réfléchie. Il est donc dans la nature des choses que l'exception, fondée sur la violence, soit purement personnelle à celui qui l'a éprouvée; car enfin supposons, dans l'espèce proposée, que je sois mis en cause par mes créanciers; quelle que soit ma déclaration, tous mes biens leur seront distribués, soit aux uns soit aux autres. Je déclare que j'ai consenti librement l'obligation que j'ai souscrite en faveur de Caius, et qu'elle est légitime. Quel juge oserait, contre mon témoignage, prononcer que ma volonté a été contrainte....... Ce que nous disons du moyen fondé sur la violence et la crainte, s'applique au moyen fondé sur l'erreur, que l'article 180 déclare également personnel à celui des époux qui a été induit en erreur. Car enfin, celui qui a contracté peut seul savoir s'il a ignoré tel ou tel fait déterminant, et même s'il n'eût pas contracté nonobstant la connaissance de ce fait.

« Il faut en dire autant des moyens de dol. Quels que soient les artifices employés pour me porter à consentir, je puis seul savoir si ce sont des artifices qui m'ont déterminé : *an causam dederint contractui*.

« Quant au moyen de lésion, le vendeur peut seul savoir s'il n'a pas reçu de valeur supérieure à ce qui est exprimé dans le contrat, et en le faisant, il ne fraude ni ses créanciers postérieurs, puisqu'ils n'existaient pas au temps ducontrat, ni ses créanciers antérieurs, parce que s'ils sont hypothécaires, ils ont le droit de surenchérir; s'ils ne le sont pas, ils n'avaient pas le droit d'empêcher leur débiteur de vendre au comptant un héritage qui ne leur était point affecté, et d'en recevoir le prix en entier et même d'avance. C'est leur faute d'avoir suivi sa foi, et de n'avoir pas exigé de sûreté. »

Cette manière de raisonner nous paraît fausse et opposée aux règles les plus simples de la justice et de la loi. — Nous pensons que les raisons données par M. Toulier, prouvent elles-mêmes le peu de fondement de son opinion, et surtout qu'elles n'affaiblissent en rien les principes que nous avons pris pour base de la nôtre. — Une chose incontestable, c'est que l'article 1166 appelle les creanciers à exercer les droits de leurs débiteurs, autres que ceux qui sont exclusivement attachés à leurs personnes — Une autre chose également certaine, c'est qüe les actions en nullité et en rescision, ne sont point exclusivement attachées

à la personne pour laquelle elles ont été crées. Nous venons de voir, en effet, qu'elles passaient aux créanciers, qu'elles étaient cessibles, etc. — D'où la conséquence nécessaire, *en droit*, que les créanciers peuvent exercer ces actions au nom de leur débiteur. — M. Toulier ne prend pas la peine de réfuter cette conséquence; il élude de la discuter; il se borne à adopter l'opinion contraire, et à la faire résulter des dispositions de l'article 180 du Code civil, et de quelques circonstances prises dans la difficulté de prouver le dol, l'erreur, la lésion, etc. Mais d'abord, à quel propos citer l'article 180? cet article prévoit le cas où un mariage a été contracté sans le consentement libre des époux ou de l'un d'eux; et il veut que le mariage ne puisse être attaqué que par eux ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre.

Quelle analogie peut-on trouver entre les nullités de mariage et les nullités de conventions en général? N'est-il pas certain que les premières reposent sur des motifs tout à fait opposés à ceux qui ont fait porter les autres? et que notamment il est de principe que les nullités de mariage doivent être restreintes autant que possible, à cause qu'il y a toujours plus d'inconvéniens à annuler de pareils contrats qu'à les maintenir. Suprà, n. 387.

Cette différence ressort plus spécialement de l'art. 180 lui-même; car, on sait que l'action en nullité, résultant de la violence exercée dans un contrat ordi-

naire dure dix ans (art. 1304 du Code civil), tandis que dans les mariages la co-habitation des époux pendant six mois, depuis qu'ils ont acquis leur pleine liberté, les rend non recevables dans leur action. (Art. 181 du Code civil.)

Enfin, ce qui ne permet pas de contester cette différence, c'est que le législateur s'est occupé, dans un chapitre séparé, de la nullité des mariages; qu'il a traité séparément aussi des nullités des conventions et contrats en général, et qu'il les a soumises à des conditions et à des délais différens.

Dès-lors, on conçoit qu'il n'y a pas analogie nécessaire entre les diverses dispositions que le Code renferme sur les actions de ce genre; qu'en interdisant aux créanciers le droit d'attaquer un mariage agréé par les époux, quoique tardivement, le législateur a cédé à des motifs d'ordre public, de tout temps appréciés; mais qu'il était loin de sa pensée de vouloir exclure les créanciers du droit qui leur est donné par l'article 1166 pour les autres contrats en général.

En second lieu, M. Toulier fait reposer son opinion sur les circonstances du fait : il pense que celui qui s'est trompé ou qui a été trompé, peut seul dire quelle a été la cause déterminante de sa volonté, et que ses créanciers ne peuvent avoir cette connaissance personnelle. — Si M. Toulier avait voulu prétendre que les créanciers éprouveraient bien plus de difficultés à fournir la preuve de l'erreur, du dol, etc, que n'en éprou-

verait leur débiteur, son raisonnement serait juste. Mais vouloir que cette difficulté soit une cause d'exclusion, qu'elle produise un défaut de qualité, c'est ce que rien ne justifie. Sans doute celui qui aura été victime de la violence, de l'erreur, de dol, serait mieux que personne à même d'expliquer les voies de fait, les manœuvres employées pour déterminer sa volonté. Cependant les faits peuvent être connus par d'autres, ils peuvent être parvenus à la connaissance des créanciers de la victime. Or s'il en est ainsi, pourquoi ceux-ci ne pourraient-ils pas élever la voix pour demander la réparation du préjudice éprouvé par leurs débiteurs ; l'art. 1166 ne leur donne-t-il pas ce droit d'une manière générale? Que pourraient objecter les tiers qui ont usé de dol et de violence pour conserver les avantages qu'ils se sont procurés par une voie aussi illicite? Ne pourrait-on pas toujours les repousser par l'application de cette règle fondamentale « *que la loi naturelle qui défend d'employer des moyens illicites pour arracher ou surprendre un consentement, défend aussi, sans contredit, de retirer aucun profit des promesses qui en seraient la suite.* Puffendorf, Droit de la nature, liv. 3 chap. 6 § XI et XII?

L'erreur dans laquelle nous paraît être tombé M. Toulier, ressort, d'une manière éclatante, de l'application qu'il fait à l'action pour cause de lésion, des principes par lui adoptés. Il prétend que le vendeur n'est pas à même de savoir s'il n'a pas reçu des valeurs

suffisantes...... D'ailleurs, dit-il, « si le créancier a une hypothèque, il peut faire la surenchère » . . s'il ne le peut pas.... s'il n'est pas assez riche, devra-t-on l'en punir, en le déclarant déchu du droit juste et légal que tout individu doit avoir de se préserver d'une lésion énorme? Cette déchéance serait rigoureuse si elle était écrite dans la loi: elle ne peut pas dès-lors se supposer, du moment que le législateur ne la prononce pas. M. Toulier continue, et dit: « Si le créancier « n'était pas hypothécaire, il n'avait pas le droit « d'empêcher son débiteur de vendre, au comptant, « un héritage qui ne lui était point affecté, d'en « recevoir le prix, et même d'avance; c'est sa faute « d'avoir suivi sa foi et de n'avoir pas exigé de sûretés. » — Ce raisonnement serait fondé si la vente avait eu lieu sans lésion, mais la lésion existant, la vente ne peut plus être considérée comme étant dans les termes du droit commun, et le créancier a le droit d'intenter l'action en lésion au nom de son débiteur. « Celui-ci, dit M. Toulier pouvait vendre, » cela est vrai, mais il ne l'a pas fait librement, en connaissance de cause; il n'est pas irrévocablement lié par la vente qu'il a consentie, puisque celle-ci est rescindable pour cause de lésion. Or, s'il a ce droit, et on ne peut le contester, pourquoi son créancier ne l'aurait-il pas? Pourquoi modifierait-on arbitrairement, au préjudice de celui-ci, la règle générale portée par l'article 1166 du Code civil? Il n'a pas d'hypothèque, il est vrai, mais il a des droits

sur tous les biens de son débiteur (art. 2092 du Code civil), et l'action en rescision fait partie de ces mêmes biens. Ce dernier article, combiné avec l'art. 1166, lui donnent donc qualité, et l'acquéreur n'a aucune raison légitime pour conserver un profit illégitime.

474. Après avoir examiné quelques unes des causes les plus générales de l'action en nullité et de l'action en rescision, M. Toulier s'occupe du moyen fondé sur le défaut d'autorisation de la femme mariée ou sur la minorité, et il décide que les créanciers du mineur et de la femme mariée ne peuvent pas se prévaloir de leur incapacité, et demander en leur nom la nullité de leurs engagemens.

Nous ne saurions partager l'opinion de M. Toulier, relativement à ces deux espèces particulières. Et d'abord, relativement à l'action du mineur, elle rentre, suivant nous, dans la règle générale de l'art. 1166. En effet, nous avons dit, d'après Philippus Decius, qu'un droit n'était exclusivement attaché à la personne, qu'autant qu'il avait été accordé à cette personne, et uniquement par considération pour elle : *Quandò privilegium conceditur intuitu personæ, ità quod persona sit causa immediata privilegii*; et qu'il n'était point transmissible. Or, il est positif que l'action en restitution accordée au mineur, ne lui a pas été accordée par cette considération qu'il était mineur, mais bien à cause qu'il était lésé : *Restitutio non spectatur principaliter personam minoris, sed deceptionem, seu lesionem.*

Mornac, lib. 4, tit. 4 leg. 20 § ult. tit. de minorib. 25 ann.

D'un autre côté, l'action en restitution est transmissible; elle passe aux héritiers du mineur, avec le même caractère qu'elle avait de son vivant; ils peuvent l'intenter comme il aurait pu le faire lui-même, et pendant tout le temps qui lui restait, à l'époque de son décès, avant que la prescription fut acquise. Leg. 3, § 9, leg. 18, § 5 de minor.

Mal à propos M. Toulier veut induire le contraire, des dispositions de l'art. 2012 du Code civil, qui dispose que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, mais qu'on peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception *purement personnelle à l'obligé;* par exemple, dans le cas de minorité, etc. Cet article ne dit pas que l'action du mineur soit *exclusivement* attachée à sa personne, il se borne à dire que c'est une action *purement personnelle*, ce qui est bien différent, d'après ce que nous avons dit suprà n. 468 — D'un autre côté, il n'est pas douteux que le législateur, en parlant des exceptions purement personnelles, dans l'article 2012, n'a eu en vue que les exceptions accordées à un incapable, en opposition aux parties capables qui avaient contracté avec lui. Il n'a eu d'autre intention que de renouveler les anciens principes, suivant lesquels l'exception prise de la minorité ne devait pas profiter à la caution. On le décidait ainsi,

non que cette exception fût exclusivement attachée à la personne du mineur, mais bien parce que la caution était censée n'avoir été appelée qu'à cause que ce mineur ne pouvant valablement s'obliger, le créancier avait exigé une garantie. Dans ce cas, la caution a renoncé à se prévaloir de l'exception prise de la minorité. Leg. 1. Cod. de fidei min.

475. Passant à l'action en nullité résultant du défaut d'autorisation maritale, il est certain que la question proposée doit être résolue dans un sens différent, mais il n'en résulte aucune conséquence qui puisse affaiblir les principes ci-dessus. Il ne s'agit pas, en effet, d'examiner si cette action est transmissible, ou si elle ne l'est pas; on n'a pas à rechercher si elle est ou non exclusivement attachée à la personne des époux; la loi est formelle, elle dispose par l'art. 225 du Code civil, que le défaut d'autorisation ne peut être opposé que par la femme, le mari ou leurs héritiers. Leurs créanciers ne le peuvent donc pas; et leur défaut de qualité est pris, non dans la nature de l'action compétant à la femme, mais dans l'exclusion dont ils sont frappés. Peu importent les motifs: l'exclusion existe, les tribunaux ne peuvent la méconnaître. Une disposition pareille n'existe pas pour les autres cas de nullité; notamment elle n'existe pas pour les mineurs, et c'est mal à propos que M. Toullier voudrait rendre commune à toutes les actions en nullité qui seraient personnelles, la règle contenue dans l'art. 225, et qu'il

voudrait trouver dans ce dernier article la preuve des principes qu'il a développés dans les numéros précédens.

Remarquez, au surplus, combien il y a de la différence entre la cause de la nullité résultant du défaut d'autorisation de la femme mariée, et la cause de l'action accordée au mineur. La première est moins pour protéger la fortune de la femme, qu'un hommage rendu à la puissance maritale; au contraire, la seconde n'a d'autre objet que de conserver la fortune du mineur. La première a pour objet de réparer l'atteinte portée à l'autorité du mari, elle a été accordée *principaliter intuitu personæ*; la seconde n'a d'autre objet que la fortune du mineur; elle n'est point accordée en considération de sa personne, *minor non restituitur tanquàm minor, sed tanquàm læsus.*

476. Malgré cette différence dans les dispositions de la loi, et surtout dans ses motifs, quelques jurisconsultes frappés de la généralité des expressions de l'art. 1166, avaient voulu accorder aux créanciers de la femme le droit d'exercer, au lieu et place de celle-ci, l'action en nullité résultant de ce qu'elle n'avait point été autorisée par son mari; mais l'opinion contraire a prévalu. — Voir un arrêt de la Cour d'Angers, qui nous paraît avoir consacré les vrais principes. Cet arrêt est du 1er août 1810; il est rapporté dans Sirey, tom. 14-2-144. — Voir un autre arrêt de la Cour de Grenoble, en date du 2 août 1827, rapporté ainsi qu'il suit par Sirey, vol. 28-2-186.

Le 22 août 1815, Marianne Jacob, épouse du sieur Allard, souscrivit, sans l'autorisation de son mari, une obligation de la somme de mille francs, au profit d'Antoine Jacob, son frère. — Depuis lors, elle contracta plusieurs autres engagemens, en faveur de la veuve Mayouse. — Après le décès de son mari, et par acte du 20 mai 1821, Marianne Jacob déclara ratifier l'obligation du 22 août 1815, et renoncer à se prévaloir du défaut d'autorisation maritale.

Cependant un ordre s'étant ouvert pour la distribution du prix des biens de Marianne Jacob, vendus par expropriation forcée, la veuve Mayouse contesta la collocation qui était réclamée en premier ordre par Antoine Jacob, ou ses héritiers: elle soutint que cette obligation était nulle pour avoir été consentie sans autorisation maritale.

Les héritiers Jacob répondirent que la nullité, fondée sur le défaut d'autorisation, ne pouvait, d'après l'art. 225 du Code civil, être opposée que par la femme, par le mari, ou par leurs héritiers; d'où résultait que la veuve Mayouse, créancière de la femme non autorisée, n'était pas recevable à se prévaloir de cette nullité.

La veuve Mayouse répliquait que d'après l'art. 1166, les créanciers pouvaient exercer tous les droits et actions de leur débiteur; elle soutenait que cet article dérogeait à l'art. 225 du Code civil. — 6 décembre 1826, jugement qui accueille ce système. — Appel.

— La Cour, attendu que l'obligation consentie suivant un acte du 22 août 1815, par Marianne Jacob, femme libre de Claude Allard, l'a été sans l'autorisation de son mari; que cette obligation est nulle, aux termes de l'art. 217 du Code civil; mais cette nullité ne peut être opposée, suivant l'art. 225 du même Code, que par la femme, son mari, ou leurs héritiers; que la loi n'a pas mis dans cette catégorie les créanciers; que cet article est limitatif, la nullité ne pouvant être opposée que par les personnes y dénommées; que l'art. 1166 du Code civil permet à la vérité aux créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur; mais, outre que le même article en exempte les droits exclusivement attachés à la personne, il ne déroge point à l'art. 225, qui est un article spécial; qu'ainsi les actions contre les obligations de la femme, sont exceptées des dispositions générales dudit art. 1166, par l'art. 225, et même par l'art. 2012, qui porte que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable, et qui ajoute: « On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle pût être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé, par exemple, dans le cas de minorité »; qu'un autre exemple qui est identique, et qu'on peut ajouter, *dans le cas de la femme non autorisée;* d'où il suit que l'exception de non autorisation du mineur et de la femme mariée, étant une exception qui leur est purement personnelle, ne peut être opposée par leurs

créanciers, etc., etc. — (La Cour compare, mal à propos, l'action accordée au mineur, et celle accordée à la femme mariée; il n'y a point identité parfaite entre ces deux actions; nous l'avons prouvé).

477. Résumant les principes qui doivent servir de base à la solution des questions proposées, nous pensons que les créanciers ont toujours qualité pour poursuivre au nom de leur débiteur une action en nullité ou en rescision, que la loi accorde à celui-ci; c'est la conséquence des dispositions générales de l'art. 1166. — Il y a exception 1° dans les cas où *il serait prouvé* que l'action en nullité était exclusivement attachée à la personne du débiteur. Nous disons que ce n'est qu'autant qu'il serait prouvé, car s'il y avait le moindre doute, il faudrait s'en tenir à la règle générale. — 2° Dans les cas où s'agissant d'une action qui ne serait pas exclusivement personnelle, la loi aurait porté une exception certaine, comme dans le cas de l'art. 225. — Enfin, nous pensons qu'il n'y a d'exclusivement attaché à la personne d'un individu que les actions qu'il ne peut point céder ni transmettre, etc., etc.

478. Un créancier peut-il proposer une nullité de procédure que son débiteur ne propose pas lui-même, quoiqu'il en ait le droit? Nous pensons que non. Pour que le créancier eût ce droit, il faudrait qu'il intervînt, et il est de principe qu'on ne peut recevoir intervenant que celui qui a intérêt au fonds de la con-

testation, et qui, s'il n'était pas appelé, aurait le droit de former tierce opposition contre le jugement. Or, il n'est pas douteux que si le débiteur, négligeant de proposer la nullité de la procédure, ne fait que se défendre au fonds, et que le jugement soit rendu, le créancier n'a aucun droit de former tierce opposition, il serait même dérisoire qu'il pût être admis à se plaindre que son débiteur n'eût pas proposé cette nullité. Conformément à ces principes, il a été jugé qu'un créancier inscrit n'avait pas qualité pour se prévaloir de la nullité commise au préjudice de la partie saisie, et établie en faveur de celle-ci. Arrêt de la Cour de cassation, du 23 Juillet 1817, rapporté par Sirey, vol. 19-1-6.

479. La caution peut-elle proposer ou opposer la nullité de l'acte, ou de la convention nuls ou annulables?

Oui, si l'obligation est atteinte d'un vice réel, d'un vice qui attaque sa substance, comme si, par exemple, elle est le résultat du dol, de l'erreur et de la violence, etc.

Non, si la nullité est purement personnelle au principal obligé. Arg. de l'art 2012 du Code civil, leg. 7, § 1; et leg. 19 ff. de exceptionibus. — Voir encore le chap. ci-après, section 3.

480. Les actions en nullité ou en rescision qu'un individu a qualité pour faire valoir sont, comme les autres actions en général, une partie de son patrimoine;

elles peuvent être exercées non-seulement par cet individu, mais encore par ses représentans légaux, c'est-à-dire, par tous ceux auxquels la conservation et l'accroissement de ce patrimoine est confié par la loi.

481. Ainsi, 1.° le tuteur a qualité pour demander la nullité des actes consentis par le père du mineur, ou par un de ceux qu'il représente, et qui se trouveraient entachés d'un vice tel que l'acte dût en être annulé: seulement si l'action qu'il se propose d'intenter est immobilière, il doit se faire autoriser par le conseil de famille, art 464 du Code civil.

Il a aussi le droit de demander, au nom du mineur, la nullité ou la rescision des engagemens que celui-ci aurait souscrits en minorité ; aucune disposition de la loi n'exigeant que l'exercice de l'action en nullité ou en rescision, prises de l'incapacité du mineur, soit suspendu jusqu'à sa majorité, le tuteur ne peut être forcé d'attendre jusqu'à cette époque. Il est même des circonstances où le moindre retard pourrait être préjudiciable aux intérêts du mineur, et serait, par ce motif, une faute lourde qui compromettrait la responsabilité du tuteur.

Celui-ci ne pourrait point être empêché d'agir, par cela seul, qu'il aurait garanti l'engagement souscrit par le mineur. Vainement lui opposerait-on la règle : *Eum quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Car ses intérêts n'étant point confondus avec ceux de son pupille, les obligations qu'il a consenties

envers les tiers, ne doivent pas l'empêcher de remplir son devoir envers le mineur. En agissant ainsi, le tuteur est plus louable qu'il n'est à blâmer, car il est beau de le voir préférer les intérêts qui lui sont confiés, à ceux qui lui sont personnels. La règle ci-dessus n'est applicable qu'autant que celui dont l'action peut être repoussée par une action qui lui est personnelle, agit pour lui-même. Or, ici le tuteur n'agit pas pour lui, il agit dans l'intérêt de son pupille, et il serait injuste que la défense de celui-ci pût être paralysée par une cause qui lui est étrangère.

2° Le mari dont la femme s'est constituée tous ses biens, a seul qualité pour exercer les actions rescisoires et les actions en nullité qui appartenaient à la femme avant son mariage. Ces actions sont une espèce de biens, elles sont comprises par conséquent dans la constitution générale, et le mari est le maître de les exercer. Arg. des art. 1549 et 1562 du Code civil.

3° Le plus proche parent de l'absent ayant obtenu l'envoi en possession provisoire de ses biens, a seul qualité pour intenter l'action en nullité ou en rescision des engagemens souscrits par cet absent avant son départ. Arrêt du Parlement de Toulouse, en date du 27 avril 1669, au rapport de M. Dolivier. — Catelan, liv. 2, chap. 58.

4° L'héritier bénéficiaire, le curateur à une succession vacante, ont aussi qualité pour proposer la nullité d'un engagement souscrit par le défunt;

ce droit dérive de leur qualité d'administrateurs.

5° Par la même raison les syndics d'une faillite ont qualité pour poursuivre l'annulation ou la révocation des actes faits en fraude des créanciers. Pardessus, Droit commercial, vol. 4, p. 417, n. 1227. — Ils ont également qualité pour demander l'annulation ou rescision d'un acte qui, quoique n'étant pas fait en fraude es créancie rs, serait vicieux et susceptible d'être attaqué pour une toute autre cause. Le saisi étant privé de l'administration de ses biens (art. 528 du Code de commerce), n'a plus l'exercice de ses actions, et les syndics quoiqu'agissant dans l'intérêt de la masse des créanciers, sont en outre les représentans du failli pour tout ce qui concerne ses biens. Cela est si vrai, que le créancier d'une faillite à laquelle ont été nommés des syndics, est sans qualité pour attaquer en son nom personnel, même comme viciés de fraude, les actes faits par le failli. Une telle action n'appartient qu'à l'universalité des créanciers, et ceux-ci n'ont d'autres représentans que les syndics. Arrêt de la Cour de cassation; du 9 avril 1829; Sirey, vol. 29-1-189.

482. Nous avons dit suprà n. 414 et 431, qu'un simple particulier n'avait pas qualité pour demander de son chef la nullité d'un acte immoral, et principalement contraire à l'ordre public; que l'exercice de ces actions reposait sur la tête des magistrats chargés du ministère public. Les principes que nous avons établis, (et desquels il résulte 1° que pour le simple particulier

la nullité est sans grief, que tout au moins il n'a pas le droit de se plaindre ; 2° qu'on doit toujours éviter d'accueillir une action dont les suites seraient plus contraires à l'ordre public que le maintien de l'acte contre lequel cette action était dirigée.) nous ont donné à penser que les magistrats du parquet ne peuvent proposer une nullité que dans les cas spécifiés par la loi, ou dans les cas qui, n'étant point prévus par le législateur, créent néanmoins une incompatibilité entre l'existence de l'acte et l'ordre public.

Plusieurs jurisconsultes et plusieurs Cours royales avaient pensé et décidé que dans les matières qui intéressaient l'ordre public, les procureurs du roi pouvaient exercer d'office l'action en nullité ; entr'autres motifs, ils déduisaient cette opinion de ce que l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, portait une disposition finale ainsi conçue : « Le ministère public surveille « l'exécution des lois, des arrêts et des jugemens ; « *il poursuit d'office* cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public ». — Voir deux arrêts de la Cour de Bruxelles, rapportés par Sirey, au tom. 8, part. 2, pag 273.

Mais l'opinion contraire a prévalu, comme résultant évidemment du même art. 46, qui dispose : qu'en matière civile le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi, et de l'art. 2, tit. 8 de la loi du 16 août 1790 ainsi conçu : « Au civil, les commissaires du roi exercent leur ministère, non par voie

d'action, mais seulement par celle de réquisition, dans les procès dont les juges auront été saisis. »

La Cour de cassation a plusieurs fois jugé en ce sens, notamment par un arrêt du 26 août 1807, Sirey, tom. 7, part. 1re, pag. 437. — Par deux autres arrêts, l'un du 1er août 1820, et l'autre du 5 mars 1821. Dans l'espèce à juger, il s'agissait de savoir si le ministère public pouvait appeler d'un jugement qui avait déclaré un mariage nul; la Cour s'est prononcée pour la négative. — Voici l'espèce du dernier de ces arrêts.

Le 20 juillet 1813, mariage contracté entre Pierre Laborie et Perrette Condère, devant l'officier de l'état civil de la commune de Saint-Denis, arrondissement de Cahors, département du Lot.

Dans le courant de 1816, assignation en annulation dudit mariage, donnée à la requête de Laborie à Perrette Coudère, devant le tribunal de première instance dudit arrondissement.

Celle-ci constitue avoué, par le ministère duquel elle prend les mêmes conclusions que celles qu'avait prises Laborie.

Le 29 avril 1816, jugement qui admet Laborie à prouver, tant par titres que par témoins, que le mariage a été contracté clandestinement, et hors de la maison commune; que les parties n'ont pas vécu comme époux, et ne se sont pas fréquentés; et que ce mariage n'a été béni par aucune cérémonie religieuse.

Le 16 mai suivant, enquête contradictoire avec Perrette Coudère.

Le 27 du même mois, jugement définitif ainsi conçu:

« M. le procureur du roi entendu; attendu que par jugement du 29 avril dernier, Laborie a été admis à prouver que son mariage avec Perrette Coudère a été célébré clandestinement et hors de la maison commune; que les parties n'ont point vécu comme époux, et ne se sont point fréquentées; que ce mariage n'a été béni par aucune cérémonie religieuse;

Attendu que dans l'enquête du 16 mai courant, Laborie a rempli ledit interlocutoire, et qu'il paraît que le consentement donné au mariage n'a pas été sérieux;

Par ces motifs, le tribunal annule ledit mariage, et déclare les parties libres.

Le 10 février 1817, Laborie se remarie; il épouse Antoinette Bousquet sans opposition : la célébration a lieu dans la maison commune de Croissac : toutes les formalités voulues ont été observées.

Le lendemain 11 février 1817, notification à Laborie et à Perrette Coudère, d'un acte portant que M. le procureur général de la Cour royale d'Agen est appelant d'office du jugement interlocutoire du 29 avril, et du jugement définitif du 27 mai 1816, rendu par le tribunal de première instance de l'arrondissement de Cahors. Par le même acte, il leur est donné assignation devant ladite Cour, pour voir réformer ces

deux jugemens, et par suite, déclarer régulier et valable le mariage qu'ils ont contracté le 20 juillet 1813.

Devant la Cour royale, ils concluent l'un et l'autre à ce que l'appel de M le procureur général soit déclaré non-recevable et très-subsidiairement mal fondé.

Le 14 janvier 1818, arrêt qui, sans s'arrêter aux fins de non recevoir, faisant droit au contraire sur ledit appel, dit qu'il a été mal jugé; en conséquence, réformant, déclare régulier et valable le mariage célébré le 20 juillet 1813, entre ledit Laborie et ladite Condère; ordonne qu'ils demeureront retenus dans les liens dudit mariage, et qu'au surplus le présent arrêt sera mentionné, en marge de l'acte de mariage susdit, sur les registres de l'état civil de la commune de Saint-Denis.

La Cour considéra, entr'autres motifs, « que l'action conférée au ministère public par les art. 184, 190, 191 du Code civil, était une exception au principe consacré par l'art. 2, du tit. 8 de la loi des 16 et 24 août 1790, portant que le ministère public ne procède au civil que *par voie de réquisition.*

Que le droit de faire réformer un acte vicieux renfermait implicitement, et donnait même, à plus forte raison, le droit de faire maintenir un acte régulier; qu'il était évident que le but du législateur, dans les art. 184, 190 et 191 du Code civil, avait été d'assurer le maintien du bon ordre; et que partout où un motif si impérieux venait de se reproduire, il devait exercer la

même influence, et agir avec la même efficacité, suivant l'axiome : *ubi eadem ratio, ibi idem jus esse debet* ; que, si l'action du ministère public, en pareil cas, n'était pas suffisamment autorisée par le texte de la loi, il ne faudrait pas moins décider qu'elle découle irrésistiblement de son esprit, parce qu'elle est commandée dans l'intérêt des mœurs et de l'honnêteté publique ; que l'opinion contraire pourrait devenir la source des plus grands abus, parce qu'il ne serait peut-être pas rare de voir des époux légers et inconstans, s'affranchir de la prohibition de la loi, et faire accueillir des demandes en divorce, en donnant à leurs actions la couleur d'une demande en nullité de mariage.

Laborie a demandé la cassation de cet arrêt pour violation de l'art. 2, du tit. 8 de la loi des 16 et 24 août 1790, et fausse application des art. 184, 190 et 191 du Code civil ; à l'appui de sa demande, il a dit, entr'autres raisonnemens :

Si M. le procureur général avait lui-même action principale conformément à l'art. 191 du Code civil, pour demander d'office l'annulation de mon mariage avec Perrette Coudère, à cause du défaut de publicité, aucune loi ne lui permettait d'user de cette voie d'action, pour le faire maintenir, lorsqu'il a été annulé par un jugement. Toutes les fois que l'ordre public est intéressé, le ministère public n'a pas le droit d'action ; ce droit ne lui est conféré que dans des cas spéciaux et limités. En lui donnant ce droit en certain cas de nullité

des mariages, la loi n'a voulu qu'une chose, savoir : que les tribunaux fussent saisis. Elle ne suppose pas que les magistrats se laissent surprendre par la connivence des parties. D'ailleurs, le ministère public doit toujours être présent pour donner ses conclusions, et éclairer le tribunal par voie de réquisition.

Ces moyens ont été accueillis; et par arrêt du 5 mai 1821, au rapport de M. Ruperon; la Cour, vu l'art. 2, du tit. 8 de la loi des 16 et 24 août 1790, et les art. 184 et 191 du Code civil :

Attendu qu'aux termes dudit art. 2, le ministère public ne peut agir, au civil, que par voie de réquisition, dans le procès dont les juges sont saisis;

Que de cet article découle le principe consacré par la jurisprudence, et, d'ailleurs, formellement exprimé dans l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, que le ministère public, pour pouvoir agir d'office en matière civile, a besoin d'y être spécialement autorisé par une loi précise;

Attendu que le ministère public peut demander la nullité d'un mariage pour contravention à certains articles du Code civil, parce qu'il y est spécialement autorisé, ainsi qu'on le voit aux articles 184 et 191;

Attendu qu'il ne peut pas agir d'office pour faire confirmer un mariage, lorsque les parties ont demandé et obtenu en justice la nullité de ce même mariage pour contravention à quelques dispositions du Code civil;

1° Parce que la loi ne lui en donne pas le droit;

2° Parce qu'en matière d'attribution exceptionnelle et spéciale, on ne peut conclure d'un cas à un autre;

3° Parce que l'extension de semblables attributions est un droit qui n'appartient qu'au législateur, et qui n'est pas au pouvoir des tribunaux;

4° Et enfin, parce qu'il n'y a aucune analogie entre le cas où il s'agit de faire annuler un mariage scandaleusement formé au mépris de la loi, et celui où il s'agit de soutenir valide un mariage que les tribunaux ont annulé en connaissance de cause, sur la réclamation des parties, après avoir entendu le ministère public; — que dans le premier cas, l'action du ministère public est nécessaire pour donner connaissance aux tribunaux d'un mariage que les parties ont intérêt à ne pas dénoncer, et que, dans le second, les tribunaux ont été saisis par les parties, et qu'ils ont prononcé;

De tout quoi, il résulte que la Cour royale d'Agen, en recevant l'appel interjeté par son procureur général, et en annulant par suite les jugemens du tribunal civil de Cahors, a violé l'art. 2, du tit. 8 de la loi des 16 et 24 août 1790, et faussement appliqué les art. 184 et 191 du Code civil, et commis un excès de pouvoir,

Par ces motifs, la Cour casse, etc., etc.

483. Les actions en nullité et les actions en rescision peuvent être exercées, avons-nous dit, par les héritiers. Or, comme dans les conventions et les con-

trats l'effet de l'annulation est général, en ce sens, que si elle profite ou si elle préjudicie à un des héritiers, elle doit profiter ou préjudicier à ses cohéritiers, il en résulte qu'un héritier ne peut agir seul, et que s'il veut proposer une action en nullité ou une action en rescision, il n'est recevable à agir qu'autant qu'il le fait concurremment avec ses cohéritiers, ou qu'il les a mis en cause pour que le jugement à intervenir leur fût commun. Ainsi il a été jugé par la Cour de cassation que l'action en nullité d'une transaction et en résolution d'une vente pour défaut de paiement du prix, était indivisible en ce sens que, si l'un des héritiers du vendeur exerçait, seul, cette action pour sa part et portion, il devait être déclaré non recevable, quant à présent, et jusqu'à ce qu'il eût mis en cause ses cohéritiers. Voici comment l'espèce de cette affaire se trouve rapportée dans la Gazette des Tribunaux du 9 mai 1829.

En 1792, vente par le général Dugommier, moyennant 600,000 fr. environ, d'une habitation située à la Guadeloupe, au sieur Bruedeau, qui, plus tard, la revendit à la dame Thomas.

Partie du prix de cette vente était encore due, lorsque le général Dugommier décéda.

Il laissait une fille, la dame Collet, et trois fils; tous quatre acceptèrent la succession, mais sous bénéfice d'inventaire. La veuve du général Dugommier déclara renoncer à la communauté pour s'en tenir à ses repri-

ses, qu'elle fit liquider, et dont elle poursuivit le paiement contre la dame Thomas.

Le 8 décembre 1807, transaction entre cette dame et la veuve du général Dugommier.

Le 21 du même mois, revente par la dame Thomas, de l'habitation en question, aux sieur et dame Venture de Paradis, sous la condition de payer à la veuve Dugommier le prix convenu par la transaction.

Premier procès, du vivant de la veuve; demande en rescision de la transaction pour défaut de paiement.

Avant que le procès fût jugé, la veuve Dugommier décède, laissant pour héritiers la dame Collet et un fils, le sieur Chevrigny Dugommier.

Cependant les sieur et dame Venture de Paradis ne payant pas le prix par eux dû, la dame Collet forma contr'eux, tant en son nom, que comme se portant fort pour son frère, le sieur Chevrigny Dugommier, deux demandes, l'une en rescision de la transaction, l'autre en résolution de la vente.

Mais un jugement du 19 août 1822, confirmé par arrêt du 22 novembre suivant, décida qu'elle ne pouvait agir qu'en son nom personnel.

Restreignant, en conséquence, ses premières conclusions, elle suit sa double demande, mais seulement pour la part et portion dont elle est héritière.

19 juillet 1823, deux arrêts rendus par la Cour royale de la Guadeloupe, déclarent la dame Collet non recevable quant à présent, et jusqu'à ce qu'elle ait

mis en cause son frère, attendu que soit la transaction, soit la vente, ne peuvent être annulées pour partie; que dès-lors le concours de tous les héritiers est nécessaire.

C'est contre ces arrêts que les sieur et dame Collet se sont pourvus. Ils ont dit : En principe, chaque héritier est saisi de sa part, en vertu de la règle : le mort saisit le vif. Il y a, tout à la fois et de plein droit, division des actions actives et passives; comment donc serait-il possible de subordonner l'action qui appartient à l'un des héritiers, à la condition que tous ses cohéritiers consentiront à se réunir à lui, etc., etc.

Les défendeurs ont fait défaut : le 6 mai 1829, arrêt ainsi conçu : Attendu que d'après les principes anciens, attestés par Pothier, et confirmés par les art. 1224, 1670 et 1685 du Code civil, la rescision d'une obligation ou la résolution d'une vente ne peut être partielle; qu'en effet, celui qui a transigé, comme celui qui a acquis un immeuble, n'a ainsi traité que dans l'espoir que l'acte serait exécuté dans la totalité; que dès-lors la rescision d'une obligation ou la résolution d'une vente ne peut être demandée par l'un des héritiers seulement pour sa part et portion; Rejette le pourvoi, etc., etc.

484. Quelquefois la mise en cause n'est pas nécessaire; c'est lorsque la déclaration de nullité ne doit pas profiter à tous les héritiers, mais seulement à celui qui agit. Par exemple, il n'est pas douteux qu'un héritier

institué par testament, a qualité pour demander la nullité du testament qui révoque le sien; il est évident que la nullité du second testament redonne la vie au premier, et qu'ainsi les héritiers du sang n'ont rien à faire dans un litige qui ne doit, en aucun cas, leur profiter.

485. Nous ne rapporterons pas d'autres exemples pour justifier les règles que nous avons tracées au commencement du présent chapitre. Il suffit de les lire et de s'en pénétrer, pour être à même de résoudre les difficultés qui peuvent se présenter sur cette matière importante. *Dans le doute*, nous ne saurions trop le répéter : *les nullités peuvent être proposées par tous ceux qui ont intérêt.*

CHAPITRE X.

Comment on est admis à prouver les contraventions à la loi, qui doivent entraîner la nullité des actes ou la rescision des conventions.

486. Les nullités en général sont odieuses; elles ne se présument pas : il faut que la partie qui les propose, en prouve la cause. Jusques là, les actes et conventions produites en justice sont réputées valables : *nullitas actus in dubio non præsumitur, sed validus reputatur donec de contrario constet.* Leg. quotiis et leg. ubi ff. de rebus dubiis. — Vantius, de nullitatibus.

487. Comment se fait cette preuve?

Elle est facile quand la nullité est prise d'une irrégularité dans la forme; il est, en effet, de principe constant qu'aux yeux de la loi, tout ce qui n'est pas prouvé est censé ne pas exister; ainsi toutes les fois que le législateur a exigé que tel acte fut fait dans telle forme, il est indispensable que les formalités requises soient prouvées par l'acte même, pour la solennité et l'effet duquel elles ont été exigées; sinon, elles sont censées n'avoir pas été observées: *nullitas per inspectionem actorum probatur, quia quod ibi non reperitur factum non præsumitur.* Toute autre preuve que celle qui résulte de l'inspection de l'acte ne peut être accueillie; Vantius, de nullitatibus.

Dans la donation, par exemple, le défaut d'acceptation, *en termes exprès*, et le défaut de mention de cette acceptation du donataire, rend la donation nulle; et bien que la signature du donataire, ou même son simple concours dans l'acte pût et dût faire supposer cette acceptation, le défaut de mention expresse fait considérer l'acceptation comme n'ayant point eu lieu. Art. 932 du Code civil.

Il en est de même pour le testament; il faut qu'on puisse y lire la mention de l'accomplissement des formalités qui tiennent à sa forme constitutive; à défaut de cette mention, le testament est nul, art. 972 et suivans du Code civil. On ne serait pas admis à prouver par témoins l'accomplissement des conditions auxquelles était subordonnée sa validité,.

telles, par exemple, que la dictée, la lecture, etc., etc.

Enfin, il en est de même dans tous les actes de procédure soumis à des formalités substantielles; leur accomplissement ne peut être justifié que par la mention qui en est faite dans l'acte.

Dans tous ces cas et autres analogues, l'acte est nul par l'effet *de la présomption* légale, contre laquelle aucune preuve n'est admise, que les formalités prescrites n'ont pas été observées, et que l'objet pour lequel ces formalités avaient été requises, n'a point été rempli. (Art. 1352 du Code civil.)

488. Comme aussi, les énonciations qui sont renfermées dans l'acte, et qui tiennent à sa substance, sont réputées vraies; les formalités dont l'accomplissement est mentionné dans cet acte, sont présumées avoir été bien remplies; et le tout est censé avoir été fait ainsi, et de la manière rapportée dans l'acte. Remarquez toutefois qu'il y a, entre cette présomption et celle dont il est question dans le précédent numéro, une différence essentielle, la première étant *juris et de jure* produit cet effet, que l'acte ne portant pas en lui-même la preuve de l'accomplissement d'une formalité substantielle, on ne peut pas prouver que ces formalités ont été remplies.

La seconde, au contraire, n'étant qu'une simple présomption de droit, peut être détruite par la voie de l'inscription de faux. Mais cette voie est la seule; les juges ne pourraient point, par exemple, admettre la

preuve testimoniale pour établir qu'un notaire ou un huissier n'auraient pas accompli une formalité, rempli une condition, malgré que le contraire fût dit dans leur acte.

Ce point de droit est incontestable; nous nous bornerons à rapporter le texte d'un arrêt de la Cour de cassation, qui est d'autant plus décisif, qu'il fut provoqué et rendu dans l'intérêt de la loi seulement. Cet arrêt est du 19 décembre 1810, il est rapporté par Sirey, vol. 11-1-75; on y lit: « Attendu que la Cour « d'appel de Poitiers en admettant les héritiers de Marie « Jacob à prouver par témoins et sans inscription de « faux, qu'à l'époque de son testament que les notaires « avaient attesté avoir été dicté et nommé mot à mot, « *cette femme avait la langue tellement épaisse, qu'elle ne* « *pouvait plus articuler un seul mot qui pût être entendu*, « cette Cour a violé les dispositions des deux dernières « lois de l'art. 13, sect. 2, tit. 1er de la loi du 29 septembre 1790, et l'art. 19 du 25 ventôse an XI, qui « ne permettent pas que l'exécution d'un acte notarié « puisse être suspendue, ni qu'il puisse même être « attaqué dans les énonciations que le notaire y a « écrites relativement à sa substance, aux dispositions qu'il contient, et aux formes et solennités « qu'il énonce avoir été observées, si ce n'est par l'inscription de faux admise et jugée, etc., etc., casse « et annule, dans l'intérêt de la loi seulement, l'arrêt « de la Cour d'appel de Poitiers, du 27 mai 1809, en

« ce que cet arrêt a admis les héritiers de Marie Jacob « à prouver contrairement aux énonciations de cet « acte, qu'à l'époque de son testament, cette femme « ne pouvait articuler un seul mot qui pût être en-« tendu. »

489. Quant aux nullités qui tiennent au fonds, il est bien peu d'exemples qu'une partie puisse les prouver par l'acte lui-même, ou par d'autres écrits ayant *vim probandi;* aussi la preuve en est-elle difficile, et susceptible d'inconvéniens graves: il est résulté de ces inconvéniens que plusieurs Cours royales ont paru douter si on devait être admis à prouver la cause de ces nullités, par témoins, ou par présomptions, dans les cas où il n'existerait pas un commencement de preuve par écrit.

Ces doutes se sont même fortifiés par plusieurs arrêts de la Cour de cassation, dont on nous paraît n'avoir pas assez réfléchi les espèces et le but, notamment par un arrêt, en date du 29 octobre 1810, rapporté par Sirey, vol. 11, part. 1re, pag. 50. Cet arrêt est ainsi conçu: « Après plusieurs délibérés en la chambre du conseil; vu les art. 1341, 1347 et 1348 du Code civil; attendu que l'art. 1341 défend d'admettre aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs; que cet article ne reçoit d'exception, aux termes des art. 1347 et

1348, que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'il n'a pas été possible de se procurer une semblable preuve; — attendu que les parties ne se trouvaient ni dans l'une ni dans l'autre des exceptions autorisées par les articles ci-dessus, puisque l'arrêt dénoncé n'a point dit qu'il existât de commencement de preuve par écrit, et qu'il avait été possible au défendeur de rapporter une preuve écrite des faits par lui articulés; d'où il suit que l'arrêt dénoncé, en ordonnant la preuve testimoniale de ce fait, a violé l'art. 1441 du Code civil, et faussement appliqué les art. 1347 et 1348 du même Code; casse, etc., etc. »

Nous ferons plus tard connaître l'espèce de ce dernier arrêt, et l'on se convaincra qu'il ne contrarie point les principes que nous allons exposer.

490. Nous avons étudié les diverses décisions qui ont été rendues sur la matière, et nous nous sommes convaincus que très-souvent on doit être admis à prouver par témoins, ou par présomptions, les causes qui doivent rendre nuls un acte ou une convention, bien qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit. Les règles sur ce point sont extrêmement importantes; nous devons leur donner un certain développement.

491. Avant le Code civil, les Jurisconsultes n'étaient point d'accord sur la solution à donner à la question proposée. M. Merlin, en sa 1re édition du répertoire de jurisprudence, V° Preuve, sect. 2, § 3, art. 1er, n. 18, s'était prononcé contre l'admission de la preuve

testimoniale; il citait, à l'appui de son opinion, deux arrêts du Parlement de Rouen, de 1752 et 1756, qui avaient, en effet, rejeté cette preuve dans deux causes où se trouvaient articulés des faits infiniment graves.

Depuis le Code, la divergence n'a plus été aussi grande; les auteurs les plus recommandables se sont prononcés contre l'opinion adoptée par M. Merlin; et celui-ci, avec une franchise qu'on est à même de remarquer dans toutes ses opinions, a été le premier à la modifier. Voici ce qu'on lit, loco. cit. n. 23. « Cependant il y a une distinction essentielle à faire: ou les faits de dol et de fraude qui sont articulés contre un acte, portent le caractère d'un faux proprement dit; ou ils peuvent être vrais, sans que la substance de l'acte en soit altérée; au premier cas, point de preuve testimoniale, si celui qui demande à y être admis ne prend la voie de l'inscription de faux.... Au second cas, la preuve peut être reçue, si les faits de dol sont assez graves et assez précis, pour qu'il en résulte une induction certaine que la partie qui les articule, n'a pas eu, en signant l'acte, la volonté que l'acte même lui suppose.

492. Cette dernière opinion est plus conforme aux dispositions du Code civil; et bien que M. Merlin ne l'ait examinée que dans les cas de dol et de fraude, nous allons prouver qu'il y a lieu de porter la même décision dans le cas de la violence, de l'erreur, etc.

L'art. 1351 dispose qu'aucune preuve par témoins n'est admise contre et outre le contenu aux actes, ainsi que sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis, etc., etc.

Si l'on recherche l'objet de cette disposition, il est évident que le législateur n'a voulu prescrire la preuve testimoniale que pour les promesses accessoires ou conditionnelles qui auraient pour objet d'augmenter ou de restreindre les droits ou les obligations des parties, et dont celles ci voudraient demander l'exécution contre et outre le contenu de l'acte apparent qu'elles ont consenti. Mais bien certainement le législateur n'avait point alors l'intention de proscrire la preuve des faits et circonstances qui viciaient le consentement des parties. « Quand l'ordonnance, disait Danty, Traité de la preuve testimoniale, défend la preuve de ce qui ne se trouve pas rédigé par écrit dans l'acte, *elle n'a entendu parler que des conventions qui en font partie*, parce qu'ayant été libre aux contractans de les y comprendre, s'ils ne l'ont pas fait, elle présume qu'ils les ont omises à dessein; et elle ne veut pas qu'on les puisse suppléer malgré eux par une preuve testimoniale faite après coup.

Cette explication sert à interpréter les dispositions de l'art. 1341 du Code civil, qui n'a fait que reproduire les termes de l'art. 2, tit. 20 de l'ordonnance de 1697, et le plus léger examen prouve qu'il n'est pas possible d'interpréter autrement la volonté du législateur.

En effet, l'art. 1109 du Code civil dispose qu'il n'y a pas de consentement valable, s'il n'a été donné que par erreur, s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. — L'article 1116 du même Code, dit aussi que le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties, sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. — Il ajoute que le dol ne se présume pas, et qu'il doit être prouvé. Cette dernière disposition s'applique évidemment à l'erreur, à la violence, à la lésion, et l'on peut dire aussi, par rapport à ces diverses causes de nullité, qu'elles ne se présument pas, et que la partie qui se plaint, doit prouver ce qu'elle avance.

Mais comment cette preuve doit-elle se faire? Doit-elle être faite par écrit aux termes de l'art. 1341? Evidemment non; ce serait rendre la preuve impossible, car on ne garde pas de preuve écrite de l'erreur qui nous cache la vérité, de la violence qui nous fait agir, du dol qui surprend notre volonté. Il faut donc croire que la loi permet de recourir à un autre genre de preuve, sans quoi elle se désarmerait elle-même, et les art. 1109 et 1116 ne renfermeraient qu'une fort belle théorie dont il serait impossible de faire usage dans la pratique.

Ce n'est donc pas dans l'art. 1341 qu'il faut chercher la solution de la question proposée; il faut se décider par d'autres principes. Or, voici ce qu'on lit dans

l'art. 1348 : « Les règles écrites dans l'art. 1341 et suivans, reçoivent exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui »

Cette disposition semble ne s'appliquer qu'aux *obligations* dont on n'a pas pu se procurer la preuve; mais si on cherche à connaître le motif qui a déterminé le législateur, on se convaincra que c'est parce que la loi n'a pas voulu, d'un côté, que celui qui n'a pas pu se procurer une preuve, fût puni de ne pas l'avoir fait; et d'un autre côté, de ce qu'il aurait été injuste qu'une partie pût s'affranchir d'une obligation légitimement contractée, par cela seul, que l'autre partie aurait été placée dans l'impossibilité d'exiger la preuve de cette obligation, ou du fait qui devait la produire Or, ce motif, basé sur ce principe d'équité invariable, que personne ne peut être forcé à l'impossible, ni puni de ne pas l'avoir fait, s'applique à tous les cas; et dès-lors on peut dire en thèse *que celui qui n'a pu se procurer une preuve littérale, doit être admis à la preuve testimoniale* Cette règle générale et absolue était admise par les auteurs; notamment par Pothier, en son Traité des obligations, n. 810, 811 et 812, et même elle résulte de l'art. 1341.

Cela posé, il nous reste à en faire l'application aux diverses espèces qui peuvent se présenter.

493. Et d'abord, peut-on être admis à prouver, par témoins, qu'une convention est l'effet du dol et de la fraude?

S'il s'agit d'un tiers qui demande la nullité d'un acte fait en fraude de ses droits, nul doute qu'il ne doive être admis à faire la preuve par témoins, bien qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit. Arg. de l'art. 1353 du Code civil. Cette preuve peut même être faite par des présomptions (même article). L'art. 1341 n'en est nullement affaibli; car, comme dit M. Merlin, en son répertoire de jurisprudence, V° preuve, section 2, § 3, art. 1.er « lorsque la simulation d'un acte est opposée par un tiers, il n'est pas douteux que la preuve, par témoins, ne doive être reçue. L'existence d'un acte, quelqu'authentique qu'il soit, ne prouve rien autre chose contre ces tiers, si ce n'est qu'il a été passé; il n'en établit pas la sincérité. » — Outre que cela résulte de l'art. 1166 du Code civil, la Cour de cassation a décidé, en thèse, que les juges violaient la loi, s'ils déclaraient en principe que la simulation ne pouvait résulter de présomptions et de preuves testimoniales. Arrêt du 16 juin 1816, Sirey, vol. 16-1-447; et spécialement elle a jugé, par ce même arrêt, que la simulation du prix dans un acte de vente, pouvait être prouvée par indices, présomptions, ou par témoins, alors même que l'acte portait que le prix avait été payé comptant.

494. S'il s'agit d'une partie qui se plaint du dol de l'autre partie avec laquelle il a contracté, il faut distinguer si cette partie a été induite en erreur, lors du contrat, et qu'elle n'ait donné son consentement que

par suite des manœuvres pratiquées envers elle, de telle manière, qu'elle n'ait pas pu se prémunir contre ces manœuvres; ou si, au contraire, il a été en son pouvoir, lors du contrat, de s'y soustraire.

Au premier cas, il ne nous paraît pas douteux que la preuve testimoniale ne peut pas lui être refusée; c'est la conséquence du principe ci-dessus, car il est évident que dans cette hypothèse, la partie, ignorant les manœuvres frauduleuses dont elle était victime, *n'a pas pu se procurer une preuve écrite du dol*; que dès-lors elle se trouve dans le cas d'exception dont nous avons parlé dans le n° 492. Cela résulte encore des art. 1348, § 1, et 1353 du Code civil. Enfin, ce point de droit a été consacré par plusieurs arrêts, notamment par un des arrêts de la Cour de cassation, en date du 20 février 1811, dont voici l'espèce.

Un sieur Operti avait vendu à un sieur Carmagnola plusieurs immeubles; quelque temps après, il demanda la nullité de cette vente, pour cause de dol et fraude, et en même temps, il articula des faits précis de dol. Carmagnola opposa pour toute défense que les faits de dol et de fraude ne pouvaient être prouvés par témoins, qu'autant qu'il existerait un commencement de preuve par écrit. Le tribunal de Turin ayant admis la preuve, son jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour de la même ville. — Sur le pourvoi, la Cour de cassation, par arrêt du 20 février 1811, jugea que si, aux termes de l'art. 1341 du Code civil, on ne peut

admettre la preuve testimoniale contre et outre le contenu en un acte, il est certain, aux termes des art. 1109, 1116, 1117 et 1353, que les actes peuvent être annulés pour cause de dol et de fraude; que cette fraude et ce dol peuvent être constatés à l'aide de présomptions; et à plus forte raison, par la preuve testimoniale; qu'il suit de la combinaison de ces articles que (hors les cas de l'inscription de faux), on n'est pas recevable à prouver qu'une convention dont l'existence n'est pas prouvée par écrit, a eu lieu entre les parties, ni qu'une convention écrite n'a pas été formée, ou l'a été en d'autres termes que l'écrit l'annonce; mais qu'on est recevable à établir, soit par des présomptions, soit par la preuve vocale, que cette convention a été surprise par fraude ou dol, et qu'elle n'est, par conséquent, pas l'effet d'un consentement libre; qu'en ce cas, la preuve ayant pour objet de constater des faits qui participent de la nature des délits, et dont il n'était pas possible de se procurer des preuves écrites, on ne peut, sous aucun prétexte, écarter celles qui résultent de la déposition des témoins;

Considérant, dans l'espèce, que c'est sur des faits de fraude et de dol ainsi précisés, que l'arrêt dénoncé a admis une preuve testimoniale; qu'ainsi il n'a pas violé l'art. 1341, et qu'il a fait une juste application des art. 1109, 1116, 1117 et 1353 du Code civil, rejette le pourvoi.

495. Au second cas, au contraire, si la partie a pu

éviter la fraude, s'il a été en son pouvoir de se prémunir contre les manœuvres, elle ne doit pas être admise à prouver, par témoins, le dol dont elle se plaint, à moins qu'elle n'ait un commencement de preuve par écrit. Il est évident que dans ce cas, elle ne peut invoquer l'exception portée par l'art. 1348. — Cette proposition a été admise par plusieurs arrêts, notamment par l'arrêt suivant.

Cardé avait vendu aux frères Maria une maison, moyennant 16,600 fr, avec réserve de la faculté de réméré pendant deux ans, et était décédé sans avoir exercé cette faculté, dont le délai était expiré. Le tuteur de ses enfans voulut réparer cette omission, et offrit de prouver que le contrat de vente n'était que le voile d'un prêt usuraire; que les frères Maria avaient usé de dol à l'égard de Cardé, en l'empêchant d'emprunter pour se libérer envers eux, et lui promettant de le recevoir à réméré, quand il aurait ses fonds. Les frères Maria, en niant ces faits, soutinrent que la preuve, par témoins, n'était point admissible.

Le 17 mars 1809, le tribunal de Turin admit la preuve; et l'ayant trouvé concluante, le 6 juin 1810, il déclara la vente nulle; ce qui fut réformé par arrêt de la Cour de la même ville, du 31 août suivant; mais seulement en ce que la vente avait été annulée. Ce même arrêt, *attendu que c'était par dol et fraude que les frères Maria avaient empêché Cardé de faire le rachat*, autorisa le tuteur à l'exercer dans trois mois.

La Cour de cassation, saisie du pourvoi contre cet arrêt, a prononcé ainsi, le 2 novembre 1812 : Attendu que l'arrêt a faussement appliqué, sous un vain prétexte de dol et de fraude, l'exception portée par l'art. 1348, rien n'étant plus facile au sieur Cardé que de se procurer la preuve littérale de la prétendue prorogation de la faculté de rachat qui a fait le fondement de la demande du tuteur; et qu'alors ce n'a pas été le dol des frères Maria, mais bien la faute et l'imprudence de Cardé de s'être fié à de prétendues promesses verbales qui n'auraient pu avoir quelque consistance légale, qu'autant qu'elles auraient été rédigées par écrit, casse, etc., etc.

496. C'est par suite des mêmes principes que la Cour de cassation a rendu un autre arrêt dont on a voulu souvent abuser, mais dont le sens et l'application se trouvent parfaitement expliqués par l'espèce sur laquelle il fut rendu. — Nous avons cru devoir le faire connaître dans son entier, à cause de son importance.

Le sieur Gaudry, percepteur des contributions dans le département de Marengo, avait contre le sieur Chiorando deux titres de créance; savoir, le premier, résultant d'un bon (du 18 germinal an XIII) de 7000 francs qu'il avait payé pour le compte de Chiorando, et dont celui-ci s'était engagé, par une écriture mise à la suite du bon, de lui tenir compte; l'autre, résultant d'une quittance de 7000 francs que Chiorando avait

déclaré, le 18 germinal de l'an XIII, avoir bien et dûment reçus du sieur Gaudry.

Chiorando prétendit cependant ne devoir au sieur Gaudry qu'une somme de 7000 francs; et pour expliquer comment, malgré cela, Gaudry se trouvait avoir deux reconnaissances, chacune de pareille somme, il allégua différens faits dont il demanda de faire preuve par témoins, tous tendant à établir que la quittance du 18 germinal fut originairement souscrite pour être remise au sieur Gaudry en échange du bon qu'il avait pardevers lui, et que par un abus de confiance dont Gaudry s'était rendu coupable, il ne restitua point le *bon*, lorsque la quittance fut remise entre les mains d'un de ses commis, par un commis de Chiorando.

Le 30 août 1809, arrêt de la Cour d'appel de Gênes, qui admet Chiorando à prouver *par témoins*, que la quittance donnée au sieur Gaudry, l'avait été en paiement de la dette de 7000 francs que Chiorando s'était précédemment obligé de payer par le bon dont Gaudry se trouvait porteur.

« Attendu que, quel que soit le nombre, quelle que soit la force des présomptions dont le sieur Gaudry s'étaie pour écarter la demande du sieur Chiorando, ces présomptions ne sont pas de la nature de celles qui n'admettent point la preuve contraire; et il n'y a pas de raison pour ne pas suivre, dans l'espèce, le principe que la présomption cède au fait; que si, en thèse générale, la preuve testimoniale n'est pas admise contre

et outre le contenu aux actes, ce principe ne doit recevoir son application qu'autant qu'il s'agit de prouver les choses dont la loi exige la rédaction par écrit; mais s'il s'agissait d'un fait qui ne peut être constaté par écrit, ce serait donner à la loi une extension arbitraire, que de vouloir en interdire la preuve par témoins; car, comme la défense de la preuve testimoniale n'est que la conséquence de la disposition qui ordonne la preuve par écrit, la première ne peut être interdite qu'autant que la seconde est possible; mais si la preuve est impossible, la preuve testimoniale doit nécessairement être admise, puisque la défense de l'une n'est que le résultat de la possibilité de l'autre: d'ailleurs, quelque grand que puisse être le danger de la preuve testimoniale, il est facile de sentir que si elle était, dans tous les cas, interdite, au lieu de prévenir un mal incertain, et qui n'est pas sans remède, on ne ferait qu'en autoriser un plus grand, en donnant toutes les chances possibles à la mauvaise foi: tels sont certainement les motifs qui ont dicté les exceptions établies à l'art. 1341, Code Napoléon; tels sont aussi les motifs qui ont toujours soumis à la preuve testimoniale les actions purement physiques, qui, presque toujours instantanées, presque toujours l'ouvrage d'un seul, ne peuvent être prouvées par écrit; telles sont enfin les maximes de la Cour suprême, qui a jugé plusieurs fois, et notamment dans ses arrêts des 24 thermidor, 2 et 18 fructidor an XIII, que les faits de dol,

fraude ou violence allégués contre un acte, et qui en opèrent la nullité, peuvent être prouvés par témoins;

Considérant que si la quittance du 18 germinal est relative au bon du 11 du même mois; s'il est vrai que la quittance n'a été donnée au sieur Gaudry que pour retirer le bon; s'il est vrai enfin, que la restitution du bon n'a pas eu lieu, la réunion de ces deux circonstances place le sieur Chiorando dans le cas de l'exception à la règle générale, puisque les faits qu'il dit s'être passés entre son commis et celui du sieur Gaudry, n'étaient pas de nature à pouvoir être constatés par écrit. D'ailleurs, s'il est permis de détruire, par la preuve testimoniale, une obligation qui ne doit son existence qu'au dol, à la fraude et à la violence, pourquoi serait-il défendu d'écarter, par le même moyen, le bon du 11 germinal, que le sieur Chiorando prétend n'exister entre les mains du sieur Gaudry, que par les mêmes causes qui pourraient anéantir une obligation quelconque? ... »

Recours en cassation de la part du sieur Gaudry, pour violation de l'article 1341, Code Napoléon, qui prohibe la preuve testimoniale contre et outre le contenu aux actes, et pour fausse application des art. 1347 et 1348, qui n'admettent d'exceptions à cette règle que dans les cas où il existe un commencement de preuve par écrit, et où il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui.

Suivant le demandeur, le bon du 11 germinal, et la quittance du 18 du même mois, constataient deux dettes distinctes du sieur Chiorando : et la preuve testimoniale admise par la Cour d'appel de Gênes, tendait à montrer qu'il n'y avait qu'une seule dette ; elle avait donc pour but de détruire la foi due, soit au bon, soit à la quittance ; dans les deux cas, elle devait anéantir un acte écrit ; elle devait donc être proscrite, d'après la maxime *contrà scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur*, loi 1re au Code *de Testibus*, et la disposition précise de l'article 1341, Code Napoléon.

Et vainement la Cour d'appel a-t-elle prétendu que, dans l'espèce, la règle de l'article 1341 n'était point applicable, parce qu'il s'agissait d'établir des faits de *dol*, de *fraude* et de *violence* de la part du sieur Gaudry ; faits qui peuvent être prouvés par témoins, d'après l'article 1348. — Car, d'une part, cette décision de la Cour d'appel offre une *fausse qualification* des faits qui ont eu lieu entre les parties ; tout se réduisait aux termes même de l'exposé du sieur Chiorando, à la remise *volontaire* et *parfaitement libre* au sieur Gaudry d'une quittance, en échange de laquelle il devait donner un bon qu'il aurait gardé devers lui, ce qui présentait bien un abus de *confiance*, mais nullement un *dol*, dans le sens de la loi Romaine et du Code Napoléon, qui définissent le dol, *omnis calliditas, machinatio ad fallendum, decipiendum se alterum adhibita*, Loi 1, § 2, au Digeste *de dolo malo*. — Cod. Nap., art. 1116. — D'autre part,

les faits reprochés au sieur Gaudry, pussent-ils être qualifiés de dol, il ne s'ensuivrait pas nécessairement que la preuve testimoniale en fût recevable sous l'empire du Code Napoléon, tant parce qu'il n'existait aucun commencement de preuve écrite de ces faits, que parce que le sieur Chiorando aurait pu s'en procurer une preuve littérale, en demandant un récépissé de la quittance qu'il prétend n'avoir remise qu'en échange de deux circonstances, dont l'une au moins est nécessaire, d'après les articles 1347 et 1348, pour que la preuve de dol soit admissible contre et outre le contenu des actes.

Le sieur Chiorando prétendait qu'il s'agissait, tout au moins, d'un *abus de confiance*, dont s'était rendu coupable le sieur Gaudry; qu'un pareil fait était bien constamment un *quasi-délit*; que l'article 1348, Code Napoléon, excepte le cas du quasi-délit de la règle générale qui prohibe la preuve par témoins, contre et outre le contenu aux actes; que cette exception n'avait jamais été contestée, et qu'au contraire, elle était admise par tous les auteurs; tels que Pothier, Traité des obligations, part. 4, chap. 2, art. 3; Jousse, en son Commentaire sur l'ordonnance de 1667, tit. 20, art. 4; Carondas, en ses Réponses, liv. 7, chap. 187; et Mornac, sur la loi 6 au Code *de dolo malo*. — Que, d'ailleurs, la preuve ordonnée par la Cour d'appel ne tendait point à créer un contrat ou à prouver un paiement contre la teneur d'un acte écrit, seuls cas aux-

quels s'applique la prohibition de l'art. 1341, Code Napoléon, mais uniquement à établir que deux obligations distinctes en apparence n'en faisaient qu'une dans la réalité, et à montrer à cette fin que la remise d'un des tiers devait avoir lieu lors de l'envoi du second.

M. l'avocat-général Pons s'est fortement prononcé pour la cassation, et par les mêmes motifs que le demandeur.

ARRÊT.

La Cour; — après plusieurs délibérés en la chambre du conseil; — vu les art. 1341, 1347 et 1348 du Code Napoléon;

Et attendu que l'article 1341 défend d'admettre aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, et sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr.;

Que cet article ne reçoit d'exception, aux termes des articles 1347 et 1348, que lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'il n'a pas été possible de se procurer une semblable preuve;

Attendu que les parties ne se trouvaient ni dans l'une ni dans l'autre des exceptions autorisées par les articles 1347 et 1348, puisque l'arrêt dénoncé n'a pas déclaré qu'il existât de commencement de preuve par écrit, et qu'il avait été possible au défendeur de rapporter une preuve écrite des faits par lui articulés;

D'où il suit que l'arrêt dénoncé, en ordonnant la

preuve testimoniale de ce fait, a violé l'article 1341 du Code Napoléon, et faussement appliqué les articles 1347 et 1348 du même Code; — Casse, etc. — Du 29 octobre 1810, Sirey, vol. 11, part. 1re, pag. 50.

497. Suivant les mêmes principes, une partie doit être admise à prouver les faits de violence par lesquels son consentement a été extorqué, leg. 9, § 3, ff. quod metûs causâ.

La violence, en effet, est toujours un dol; et l'on retrouve, dans les faits qui la constituent, ces manœuvres frauduleuses dont la loi fait une cause de rescision. Celui qui ne cède qu'à la violence, est évidemment dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de faits qu'il ne peut point empêcher; et plus que tout autre, il a droit de profiter de l'exception portée par l'art. 1348 du Code civ. Peu importerait que le notaire, rédacteur de l'acte, eut déclaré que les parties avaient contracté librement, volontairement, sans contrainte; peu importe également que, suivant les dispositions de l'art. 1341 du Code civil, l'acte authentique fasse foi de son contenu jusqu'à inscription de faux. On conçoit, en effet, que le notaire ne peut attester que les apparences; il peut ignorer la contrainte exercée à l'égard d'une partie; l'acte ne prouve rien contre cette contrainte. « Remarquez, dit M. Toulier, vol 9, n. 173, pag. 275, que, dans le cas de violence, comme dans le cas du dol qui a été la cause du contrat, le demandeur n'attaque aucune des clauses de l'acte, il ne de-

mande point à prouver contre et outre ce qui s'y trouve contenu ; il ne prétend pas que cet acte contienne rien de contraire à sa volonté du moment ; mais il soutient que sa volonté ne fut pas libre, et que son consentement a été forcé. »

498. L'application des principes ci-dessus n'est point aussi facile à faire dans le cas où une partie se plaint de s'être trompée, et demande à faire preuve de son erreur ; l'erreur ne se présumant pas, et devant, d'ailleurs, retomber sur celui qui s'est trompé, nous pensons que les tribunaux ne doivent pas facilement admettre la preuve testimoniale des faits par lesquels la partie demanderesse veut justifier son erreur. Mais doivent-ils refuser cette preuve, s'il n'y a point de commencement de preuve par écrit? C'est ce que nous devons examiner.

Les anciens jurisconsultes distinguaient l'erreur de droit et l'erreur de fait ; et par rapport à l'erreur de fait, ils faisaient une distinction que nous avons cru utile de faire connaître. Ils distinguaient, dans cette erreur, le fait propre et le fait étranger. Suivant eux, personne n'étant présumé ignorer, ou ne pas se souvenir de son propre fait, et l'ignorance n'étant pas tolérable en ce cas, la preuve testimoniale n'est pas recevable contre un acte passé par un majeur, qui articulerait qu'il ne l'a passé que parce qu'il ne s'est pas souvenu de ce qu'il avait fait auparavant.... Mais s'il s'agit du fait d'un autre, la présomption est qu'il l'a

ignoré ; ainsi cette ignorance est excusable, et la preuve par témoins est admissible Par exemple, quand l'héritier du défunt paie un créancier de la succession, parce qu'il ignorait que ce créancier fut payé, il est restituable, et quoiqu'il ne rapporte pas la quittance de ce créancier, il peut prouver par témoins cette libération, pourvu qu'il paraisse manifestement qu'il ignorait que ce créancier eût été payé. (Danty, Traité de la preuve, addit. au ch. 7, n. 182.)

Cette distinction nous paraît en opposition aux principes du Code civil; notamment elle est contraire à la disposition de l'art. 1348, qui établit une règle générale, suivant laquelle la preuve testimoniale doit être admise dans tous les cas où celui qui se plaint n'a pas pu se procurer une preuve écrite des faits sur lesquels repose sa plainte. Qu'importe donc que l'erreur se rapporte à un fait propre à cette partie, ou à un fait qui lui soit étranger? Les juges doivent toujours rechercher s'il lui a été impossible de se procurer une preuve écrite, et généralement on peut dire, et l'on doit présumer que celui qui s'est trompé n'a pas pu avoir cette preuve. Pour qu'il y eût la possibilité, il faudrait supposer que les faits étaient connus, et alors il n'y aurait pas eu erreur, il n'y aurait pas lieu à rescision. Que, *dans le fait*, les juges soient plus difficiles pour l'admission de la preuve par témoins, lorsqu'il s'agit d'un fait personnel à la partie qui se plaint, cela se conçoit; l'erreur étant très-difficile,

en pareil cas, et étant même le plus souvent invraisemblable. Nous pensons qu'alors la preuve testimoniale ne doit être admise qu'avec la plus grande circonspection. Mais vouloir en faire une règle générale *en droit*, c'est ce que la justice et la loi ne sauraient autoriser, suprà, n. 207. Lorsque l'erreur a existé, il est évident qu'on n'a pas pu demander une preuve écrite de faits qu'on ne connaissait pas. La preuve par témoins est donc indispensable, et ne pas l'admettre, c'est rendre inutile et sans force l'article 1109 du Code civil.

499. Remarquez, toutefois, que si l'erreur était de telle nature qu'elle eût pu être facilement évitée, si elle était l'effet de la négligence, on ne pourrait point dire qu'il y a eu impossibilité de se procurer une preuve écrite, et l'on ne devrait point accueillir la demande qui serait faite, de la prouver par témoins.

500. Tels sont les principes qui nous ont paru résulter des dispositions de la loi, et spécialement de l'art. 1348. Cet article veut que la preuve testimoniale soit admissible toutes les fois qu'il n'a pas été possible de se procurer une preuve écrite, soit de l'obligation, soit du fait, qui doit produire la nullité de cette obligation. Il ne dit pas quelle doit être la nature de cette impossibilité; si elle doit être absolue ou relative, physique ou morale. Il s'en rapporte donc aux magistrats du soin de discerner les circonstances desquelles on fait résulter cette impossibilité; peu en importe

la cause et la nature; il suffit qu'elle ait existé d'une manière quelconque, pour que le juge doive venir au secours de celui qui est mal à propos obligé; c'est une matière de conscience dont l'appréciation appartient bien souvent aux tribunaux, et dont ils doivent bien prendre garde d'abuser; dans le doute, ils doivent refuser la preuve, et respecter la foi due aux actes.

501. Ce n'est pas prouver contre le contenu en un acte, que de prouver qu'un testateur, n'était point sain d'esprit. Une pareille preuve est admissible, bien qu'il n'y ait pas de commencement de preuve par écrit, et lors même que la disposition présenterait un caractère sage et réfléchi. Cela résulte de l'art. 901 du Code civil, et d'une jurisprudence constante. On ne pourrait pas néanmoins être admis à prouver par témoins l'état de délire ou de transport du testateur, au moment même où le testament a été reçu par le notaire, si ce testament énonce que le testateur a lui-même dicté les dispositions et les a approuvées par la lecture. (Arrêt de la Cour de cassation, du 17 juillet 1817; Sirey, 18-1-49.) Le demandeur ne pourrait agir que par la voie de l'inscription de faux.

502. L'ivresse, lorsqu'elle va jusqu'à faire perdre la raison, étant une véritable démence, on peut offrir de la prouver par témoins, si elle a été la cause déterminante d'une disposition à titre gratuit; cela résulte de l'art. 901. Mais si elle était alléguée comme étant la cause

d'un contrat à titre onéreux, nous n'en admettrions la preuve qu'autant qu'il y aurait dol, de la part de la partie qui aurait traité avec celui que la boisson avait enivré, ou qu'il y aurait un commencement de preuve par écrit. Voir néanmoins l'arrêt de la Cour d'Angers, du 12 décembre 1823, suprà, n. 39. L'ivresse, lorsqu'elle est volontaire, n'est point suffisante pour établir cette impossibilité dont parle l'art. 1348.

503. Il arrive quelquefois que la preuve testimoniale n'est pas nécessaire pour prouver le dol, l'erreur ou la violence dont on a à se plaindre. Un concours de circonstances produit suivant ces présomptions graves, précises et concordantes, qui, à défaut de preuve écrite, font une preuve suffisante, dans tous les cas, où la preuve testimoniale est admissible. (Art. 1353 du Code civil.) La Cour de cassation l'a reconnu dans l'espèce suivante.

En 1813, le sieur Soulerat s'était rendu adjudicataire de divers pâturages. Un acte notarié, de 1814, porte qu'il céda les effets de son adjudication à un certain nombre d'habitans de Bagnères de Luchon; mais le sieur Soulerat a prétendu que cet acte de cession lui avait été extorqué par violence, et par suite, il en a demandé la nullité; il a fait valoir des présomptions graves à l'appui de ses allégations, et pour le cas où elles ne suffiraient pas, il a offert la preuve testimoniale. — Les habitans de Bagnères de Luchon répondaient qu'on ne pouvait pas, sur des présomp-

tions et une preuve par témoins, détruire l'effet d'un acte authentique, sous prétexte de violence; que l'inscription de faux était la seule voie à prendre par le sieur Soulerat; qu'il n'en était pas de la violence exercée pour faire souscrire un contrat, comme du dol et de la fraude; que lorsqu'il s'agit de dol et de fraude, ces deux causes étant ignorées de la partie elle-même contre lesquelles elles sont employées, le sont, à plus forte raison, du notaire; d'où la conséquence, que l'acte passé devant le notaire ne peut pas attester et n'atteste pas, en effet, qu'il n'y a eu ni dol ni fraude? et, par suite, la nécessité d'admettre la partie qui se plaint à établir, par des présomptions graves et par témoins, que le dol et la fraude ont été mis en œuvre pour faire souscrire le contrat. La constatation de tels faits n'a rien de contraire à la constatation portée au contrat lui-même; mais il n'en est pas de même quand une partie, sans alléguer le dol et la fraude, prétend que son consentement a été arraché par violence. le notaire attestant que tel individu s'est présenté chez lui, et a consenti tel engagement, atteste, par cela même, qu'il y a eu consentement libre, et on doit tenir pour certain qu'il en a été ainsi jusqu'à, inscription de faux; autrement on pourrait, sous prétexte de violence, et à l'aide de quelques prétendues présomptions ou d'une preuve testimoniale, que le législateur a voulu proscrire toutes les fois qu'il s'est agi d'une somme de plus de 150 francs, renverser les contrats les plus importans.

Le 27 août 1824, jugement qui écarte ces exceptions, et accueille la demande du sieur Soulcrat; en conséquence, condamne les habitans de Bagnères de Luchon à délaisser à celui-ci les immeubles en litige, *avec restitution des fruits perçus pendant l'indue possession des habitans*

Appel. — 7 juin 1826, arrêt confirmatif de la Cour royale de Toulouse, sur le motif que les faits constans au procès forment une masse d'indices et de présomptions qui prouvent suffisamment la violence, et dispensent de recourir à la preuve testimoniale.

Pourvoi en cassation de la part des habitans de Bagnères de Luchon; 1° et 2° pour fausse application de l'art. 1353, et violation des art. 1319 et 1341 du Code civil, en ce que l'arrêt attaqué a annulé, sur des simples présomptions de violence, un contrat notarié, alors que des présomptions, quelles que soient leur gravité, ne peuvent, à moins d'inscription de faux, être admises que pour établir le dol et la fraude;

3° Violation du même article 1319 du Code civil, et des articles 1er et 19 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, en ce que l'arrêt attaqué a admis, comme présomptions de violence, des faits matérielle ment contraires à ceux constatés par l'acte notarié, qui formait l'objet de la discussion.

Arrêt.

La Cour, — sur le premier moyen; etc. — sur le deuxième moyen, fondé sur une prétendue fausse appli-

cation de l'art. 1353 du Code civil; attendu qu'aux termes de cet art. 1353, la preuve testimoniale et les présomptions de la nature de celles y énoncées, sont admissibles dans le cas où un acte est attaqué pour cause de dol et de fraude; que le dol n'est pas toujours accompagné de violence; mais que la violence exercée pour arracher un consentement, a toujours le caractère du dol, et qu'ainsi, dans l'espèce, où des faits de violence étaient articulés en grand nombre, la Cour royale de Toulouse était autorisée à apprécier les faits de violence, d'après les présomptions abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats, et qu'elle n'a fait qu'une légitime application dudit art. 1353.

Sur le troisième moyen résultant d'une prétendue violation de l'art. 1319 du Code civil, et des art. 1er et 19 de la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat; attendu, en droit, que s'il est vrai que les faits matériels que le notaire atteste de *visu* et *auditu*, ne peuvent être démentis et attaqués que par la voie de l'inscription de faux, il est vrai aussi que, lorsqu'un acte authentique est attaqué, non comme faux, mais comme arraché par violence, et dénué du consentement réel des parties, les faits de violence et d'extorsion peuvent, comme tous ceux qui constituent des délits et quasi-délits être établis par la preuve testimoniale, par des présomptions graves, précises et concordantes, de nature à former la conviction des magistrats, etc.; rejette, etc.

504. Les présomptions sur lesquelles on fait reposer

la preuve de l'erreur, de la violence, s'affaiblissent par le silence que garde la partie intéressée après la cessation de la violence, ou la découverte de l'erreur: il est extrêmement utile, surtout dans le cas de la violence, d'agir bientôt; « Mais, dit Argou, aux Inst. du droit Français, liv. 4, chap. 14, pag. 481 du 2e vol., si la crainte dure toujours, et qu'on ne soit pas en état d'attaquer celui qui a fait la violence ou les menaces, l'usage est de faire des protestations par-devant notaire, avant ou après l'acte que l'on a été contraint de passer; et si on ne peut pas les faire auparavant, il faut au moins les faire après, afin de marquer que ce qu'on a fait n'était pas volontaire; il est bon de les envelopper dans une feuille de papier, de les cacheter, de faire mettre la date dessus par le notaire, et de les leur déposer en cet état, de crainte que les notaires ne refusent de les recevoir, quand elles sont faites contre des gens trop puissans dont ils ne veulent pas s'attirer la haine; ces protestations ne font point preuve par elles-mêmes; mais elles sont très-utiles pour faciliter la permission d'informer quand il est temps de la demander, et ne laissent pas d'augmenter les soupçons quand elles se trouvent accompagnées d'autres présomptions.» — On peut voir, sur ce sujet, ce que dit Boniface, vol. 2, pag. 260 et suiv.

505. C'est un conseil très-utile, et toute partie intéressée doit d'autant plus sentir la nécessité de le suivre, qu'à défaut, le silence gardé pendant quelques

ours, depuis l'acte, affaiblit considérablement les présomptions, et tend du moins à les priver de cette concordance et de cette précision qui, seules, font leur autorité : nous avouerons même que si nous étions appelés à juger du mérite d'une offre en preuve testimoniale, ou d'une offre de preuve par présomptions, et qu'il n'y eût pas un commencement de preuve par écrit, nous ne l'accueillerions pas pour peu que la partie intéressée eût prolongé son silence, sans en expliquer les motifs par une protestation faite dans le sens que nous venons d'exprimer. Un pareil silence serait du plus grand poids pour nous faire croire à l'absence de toutes voies de fait, et à la légitimité de l'engagement contracté : nous pourrions quelquefois nous tromper, mais nous serions excusable, et la partie qui aurait négligé de se plaindre, ne pourrait reprocher qu'à elle seule les fâcheuses impressions que sa conduite aurait faite sur notre esprit.

506. Le défaut de cause peut aussi être prouvé par témoins, s'il y a eu erreur de la part d'une partie contractante, ou dol et fraude de la part de l'autre. S'il n'y a que défaut de cause, la preuve par témoins ou par présomptions n'est admise qu'autant qu'il y a un commencement de preuve par écrit, car il est évident que la partie qui a contracté sans cause et sans erreur, était libre de ne pas le faire, et pouvait se faire donner une preuve écrite d'une circonstance dont elle voulait se prévaloir dans la suite ; ne l'ayant pas fait, elle

rentre dans le droit commun; et n'étant pas dans le cas d'invoquer l'exception portée par l'art. 1348, elle doit subir l'application rigoureuse, mais nécessaire, des dispositions de l'art. 1341 du Code civil.

507. La lésion ne se prouve pas par témoins; et comme elle constitue un dol réel, elle ne peut être établie que par l'examen de la propriété, ou des choses qui ont fait l'objet du contrat. (Art. 890 et suiv.; art. 1675, 1676, 1677 du Code civil.)

508. En matière de nullités, comme dans toutes les matières de droit, c'est le demandeur qui doit prouver les faits sur lesquels il fait reposer sa demande. Il n'en est dispensé que lorsque la loi établit en sa faveur la présomption de ces faits. — Cette présomption s'évince quelquefois de l'irrégularité de l'acte dans la *forme*, quelquefois aussi elle résulte de *la nature de la convention attaquée;* et enfin, elle résulte souvent de la qualité civile des parties contractantes.

509. Il y a présomption légale, *par vice de forme*, d'un fait, d'une circonstance, qui doivent produire la nullité d'un acte, lorsque celui-ci étant assujetti à des formalités substantielles, ces formalités n'ont pas été observées. La présomption légale est, alors, que l'acte n'a point rempli son objet; il est nul, et la partie qui veut se prévaloir de la nullité, n'a qu'à le produire et à signaler les omissions qu'il renferme. Il n'a rien à prouver; il lui suffit de dire, avec d'Argentré, *hic tuus titulus reverà titulus non est.* Il est même à remarquer que l'au-

tre partie ne pourrait pas offrir la preuve que, malgré ces omissions, l'acte a produit son effet. (Arg. de l'art. 1350, § 1, et de l'art. 1352).

Cette présomption serait la même si l'original étant perdu, la copie authentique renfermait des omissions essentielles. Toutes les imperfections de celle-ci seraient présumées se trouver dans l'original.

510. Mais si l'original existe, quelle est la force des omissions qui se trouvent dans la copie? Il faut distinguer : s'il s'agit d'un exploit, il est de principe que la copie tient lieu d'original à la partie à laquelle en a été faite la délivrance, et que, par suite, l'irrégularité de celle-ci n'est point couverte par la régularité de l'exploit. (Arrêt de cassation, du 21 floréal an X). Il en serait autrement, si l'omission, renfermée dans la copie, pouvait être considérée comme une erreur de copiste (suprà n. 366). — S'il s'agit d'un acte notarié, ou d'un acte sous signature privée, synallagmatique, la régularité de l'original efface toutes les imperfections de la copie, et celle-ci ne prouve rien; peu importerait donc qu'elle renfermât quelque omission substantielle, si l'original était valable.

511. La présomption légale des faits propres à produire la nullité d'un acte, se tire quelquefois de la nature de cet acte et des circonstances dans lesquelles il a été fait. — Par exemple, lorsqu'un transport, à titre gratuit, d'une propriété immobilière a été consenti par un failli, dans les dix jours qui ont précédé

sa faillite, la fraude est présumée de plein droit, et l'acte est nul. (Art. 444 du Code de commerce). Par exemple encore, la constitution de rente viagère est nulle, si elle a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée, dans les vingt jours de la date du contrat. (Art. 1975 du Code civil).

Quelques auteurs ont pensé que lorsqu'un contrat était attaqué comme n'ayant point eu de cause, il y avait présomption que cette cause avait existé; que, dès-lors, c'était au demandeur en nullité à prouver le le contraire. Cette opinion a été combattue et il en est résulté une controverse savante qu'on peut lire dans les ouvrages de M. Toulier et de M. Duranton. Les longues recherches auxquelles se sont livrés ces deux auteurs recommandables, les argumens par lesquels ils ont voulu fortifier leur opinion, nous ont paru trop absolus, et par cela même, peu propres à résoudre la question avec cette exactitude que l'on doit toujours rechercher; ils luttent comme deux athlètes vigoureux, égaux en force et en adresse, qui ne permettent pas de voir de quel côté doit se ranger la victoire. Trop faible pour nous placer entr'eux deux, nous engageons nos lecteurs à juger par eux-mêmes, et à nous permettre d'énoncer sommairement l'opinion particulière dont nous avons été pénétrés en examinant avec soin les dispositions de la loi, et les monumens de la jurisprudence.

Notre avis est donc que, pour décider à la charge de qui est la preuve, du défaut ou de l'existence de cause d'une obligation, il faut distinguer trois hypothèses dans lesquelles les parties peuvent se trouver placées.

512. 1re *Hypothèse.* Lorsqu'une obligation renferme énonciation de la cause qui l'a produite, le créancier est dispensé de toute preuve par la représentation de son titre, celui-ci faisant foi de tout son contenu (art. 1319 du Code civil); l'invocation de la cause fait légalement présumer l'existence de cette cause; et si le débiteur prétend que son obligation n'a point eu de cause, il doit le prouver.

La Cour royale de Nîmes avait annulé une obligation qui était dans ce cas, par le motif que le créancier n'en prouvait point la cause; mais sur le pourvoi, son arrêt fut cassé, suivant arrêt du 9 janvier 1822, rapporté dans Sirey, vol. 22, part. 1re.

Cet arrêt est conçu dans les termes suivans:

Vu les art. 1131, 1132, 1133, 1134 du Code civil;

Attendu que la cause de l'obligation du 15 pluviôse an VIII, est énoncée dans l'acte; que le défendeur n'a point prouvé, et que la Cour royale n'a point jugé que cette cause fût fausse ou illicite; que la loi n'exige pas que le porteur d'une semblable obligation prouve qu'il est créancier, ni comment il est devenu créancier de la somme dont celui qui l'a souscrite s'est re-

connu débiteur envers lui; qu'il suit de là, qu'en déclarant l'obligation du 15 pluviôse an VIII nulle, par le seul motif, que le demandeur ne justifiant pas la cause de sa dette, et en subordonnant ainsi la validité des obligations à des conditions que la loi n'exige pas, la Cour royale de Nîmes a commis un excès de pouvoir, et par suite, expressément violé les dispositions des art. 1131 et 1134 du Code civil; par ces motifs, casse, etc.

513. 2e *Hypothèse.* Si la cause exprimée dans une obligation n'est pas réelle, et que le débiteur le prouve, le créancier est dans la nécessité de prouver que l'obligation avait une cause non exprimée; faute par lui de faire cette preuve, l'obligation doit être annulée comme étant sans cause. Pothier, Traité des obligations, n. 81; arrêt de la Cour de cassation, du 9 juin 1812, rapporté par Sirey, vol. 12, part. 1re, p. 233.

514. 3e *Hypothèse.* Si la cause n'est pas exprimée dans l'acte, la convention n'en est pas moins valable. (Art. 1132 du Code civil). Mais si le débiteur prétend que l'obligation est sans cause, le créancier doit prouver le contraire; c'est la juste conséquence de ce qu'il n'a pas inséré dans l'acte la cause de son obligation. Ce défaut d'insertion fait supposer l'absence de cette cause, ou tout au moins, qu'elle n'était pas licite, leg. 25, § 4, ff. de probat; leg. 2, § 3 de doli et metûs except. — Voir au Digeste, liv. 22, tit. 4, n. 17. — Arrêts rapportés par Merlin, Quest. de droit, tom. 1, pag. 360, 2e édit. Vainement on oppose deux arrêts,

un de la Cour d'Agen, rapporté par Sirey, vol. 32-2-75, l'autre, de la Cour de Bourges, rapporté par le ième, vol. 25-2-355, car, il suffit de lire ces deux rrêts, pour être convaincu que, dans les deux espè-es, la réalité de la cause était reconnue.

515. Quelquefois, avons nous dit, la présomption égale des faits qui doivent produire la nullité ou la escision d'une convention se tire de l'état de la per-nne en faveur de laquelle l'action en nullité ou en escision a été portée. Le Code nous en fournit plu-eurs exemples; nous nous bornerons à examiner elui pris de la minorité. — Il est certain que le mi-eur est présumé lésé, par cela seul qu'il a fait un cte, placé, par la loi, hors des bornes de sa capacité; ette présomption est une présomption légale, résul-nt de l'incapacité du mineur.

Si donc celui-ci vient demander la rescision d'un ngagement qu'il a consenti, il n'a rien à prouver, si e n'est le fait de sa minorité, à l'époque où il a fait acte; c'est à la partie qui a contracté avec lui, à éta-lir qu'il n'a pas éprouvé de lésion, et que l'argent u'on lui a compté a été utilement employé par lui.

Par exemple, le mineur qui emprunte une somme 'argent, et qui n'en fait pas emploi, est présumé lésé par cela seul; c'est au majeur qui a traité avec lui, à prouver l'utilité de l'emploi, *et quidem minor viginti uinque anni ex mutuo præsumitur læsus, nisi probetur pe-uniam esse versam in ejus utilitatem*, leg. 1 et 2 cod. si ad-

versùs creditor. — Mathæus sur Guypape, quest. 142. — Mantica de ambig. convent. tom. 1, pag. 490, numb. 7. — Et art. 1312 du Code civil.

Le mineur est aussi présumé lésé, par cette seule circonstance, qu'il déclare faire quittance d'un capital quelconque; c'est à celui qui le lui a compté à prouver qu'il en a fait un emploi utile. Denizart, V° lésion, n. 17. — d'Aguesseau, tom. 3, pag. 91, plaidoyer 30. — Arrêt du Parlement de Bordeaux, rapporté par Lapeyrère, lett. M., V° mineur, n. 69. — Et art. 1312 du Code civil.

516. Cette présomption est tellement favorable que, dans le cas où le mineur commerçant hypothèque ses biens immeubles ainsi que l'art. 6 du Code de commerce lui en donne le droit, c'est au créancier à prouver que les immeubles ont été hypothéqués par le mineur, pour fait de son commerce. Et certes, disait un des orateurs qui prirent part, dans le conseil d'état, à la discussion sur l'art. 6 (procès-verbal du 4 novembre 1806), ce créancier aura soin de se ménager cette preuve, en prenant les précautions nécessaires pour établir l'origine de sa créance.

517. Nous n'ajouterons rien à l'exposé des principes ci-dessus; ils sont la conséquence des dispositions de la loi en matière de preuves. Nous avons toujours, dans le doute, préféré le parti le plus juste; et si, quelquefois, nous avons refusé d'admettre une offre en preuve; si, par cela même, nous nous sommes

exposés à laisser impunies la fraude et l'injustice, c'est en quelque sorte par force, et pour rendre hommage à des principes d'une rigueur inflexible, mais nécessaire. Nous avons trouvé notre justification dans cette règle impérative et absolue : *Dura lex, sed scripta*.........

FIN DU TOME PREMIER.

ERRATA.

Page 53, ligne 2, au lieu de *pouvaient*, lisez : *pourraient.*

85, ligne 27, au lieu *de motifs*, lisez : *des motifs.*

90, lig. 14, au lieu de *domination*, lisez : *dénomination.*

115, au lieu de *completari*, lisez : *locupletari.*

128, ligne 12, au lieu de *quels*, lisez : *quelques.*

150, lig. 12, au lieu de *considerandus*, lisez : *consideranda.*

156, ligne 24, au lieu *du style*, lisez : *de style.*

172, lignes 4 et 5, au lieu de *action en restitution*, lisez : *action en rescision.*

191, ligne 16, au lieu *des sens*, lisez : *du sens.*

322, ligne 27, au lieu de *disposition*, lisez : *de motifs.*

369, ligne 6, au lieu de *prescrire*, lisez : *proscrire.*

388, ligne 12, au lieu de *suivant*, lisez : *souvent.*

TABLE

DES CHAPITRES, SECTIONS, ARTICLES, ETC.,

CONTENUS DANS CE VOLUME.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.



Imprimerie de Crosilhes, place Royale à Montauban.



